

José Luis Merino y Hernández
Notario

**LA
FIDUCIA SUCESORIA
EN ARAGON**

a Natibel

MAC X53 1203777

Título: La Fiducia sucesoria en Aragón
Autor: José Luis Merino y Hernández
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z-1147-94
Realiza: HT Grupo Tafalla, S.L.

INDICE

PROLOGO	9
INTRODUCCION	13
PARTE PRIMERA:	
BREVE ESTUDIO COMPARATIVO, HISTORICO Y ACTUAL	17
CAPITULO I: DERECHO EXTRANJERO	19
1. DERECHO ROMANO	19
2. DERECHO GERMANICO	21
3. DERECHO ANGLOSAJON	23
CAPITULO II: DERECHO ESPAÑOL	25
1. DERECHO DE CASTILLA	25
2. DERECHO DE VIZCAYA	32
3. DERECHO DE ALAVA	40
4. DERECHO DE NAVARRA	43
5. DERECHO DE CATALUÑA	51
6. DERECHO DE MALLORCA Y MENORCA	57
7. DERECHO DE IBIZA Y FORMENTERA	62
PARTE SEGUNDA:	
LA FIDUCIA EN EL DERECHO ARAGONES	65
CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS	67
1. LA FIDUCIA EN EL DERECHO DE LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS	67
2. LA REGULACION EN EL APENDICE FORAL DE 1925	71
3. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA COMPILACION DE 1967	74
CAPITULO II: NATURALEZA, CONTENIDO Y CARACTERES DE LA FIDUCIA	79
1. TEORIAS EN TORNO A LA "DELEGACION SUCESORIA"	79
A) Teoria de la representación	80
B) Teoría del negocio jurídico "per relationem"	82
C) Teoría de la titularidad de disposición	83

D) Teoría de la voluntad integradora	83
E) Teoría de la subrogación personal o subjetiva	84
2. MI POSICION AL RESPECTO.NATURALEZA JURIDICA DE LA FIDUCIA ARAGONESA	85
3. CONTENIDO DE LA FIDUCIA ARAGONESA	90
4. CARACTERES DEL CARGO DE FIDUCIARIO	91
A) Función o cargo personalísimo	92
B) Indelegable e intransferible	92
C) Cargo voluntario	93
D) Cargo gratuito	93
CAPITULO III: UTILIDAD DE LA FIDUCIA	95
1.La conservación de la casa	95
2.La mejor protección de los descendientes	98
3.La protección del propio causante	98
4.Robustecer la posición del fiduciario	99
5.Facilitar la disposición de los bienes hereditarios	101
6.Posesión interina del patrimonio hereditario	102
CAPITULO IV: ELEMENTOS PERSONALES	103
1. COMITENTE	103
A) Vecindad civil aragonesa	103
B) Estado civil del comitente	105
C) Capacidad	111
2. FIDUCIARIO	112
A) Vecindad civil	112
B) Relación con el comitente	114
C) Capacidad	118
CAPITULO V: CONSTITUCION Y NACIMIENTO DE LA FIDUCIA	123
1. CONTENIDO DEL ACTO DE CONSTITUCION	123
2. FORMAS PARA CONSTITUIR LA FIDUCIA	124
A) El testamento	125
B) La escritura pública	126
3. REVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO	129
4. NACIMIENTO DE LA FIDUCIA	131
CAPITULO VI: EJECUCION DE LA FIDUCIA	133
1. ACEPTACION POR EL FIDUCIARIO	133
2. ACTUACION PERSONAL DEL FIDUCIARIO	136

3. FORMA DE EJECUTAR LA FIDUCIA	138
A) Ejercicio de la fiducia en testamento propio	139
B) Mención expresa de la facultad fiduciaria	140
4. TITULO DE LA ADJUDICACION FIDUCIARIA	142
5. REVOCABILIDAD DE LA ATRIBUCION FIDUCIARIA	144
6. MODALIDADES DE EJECUCION	150
7. PLAZO PARA LA EJECUCION	152
8. ACTUACION EN LA FIDUCIA COLECTIVA	159
 CAPITULO VII: GESTION DEL PATRIMONIO HEREDITARIO	 167
1. PLANTEAMIENTO GENERAL	167
2. LA SOLUCION EN OTRAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS	167
3. ANTECEDENTES DE LA COMPILACION ARAGONESA	169
4. EL ART. 113 DE LA COMPILACION: SU EXTENSION	170
5. APLICACION DE LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA	174
6. DISPOSICION DE BIENES EN FIDUCIA Y SUBROGACION REAL	179
 CAPITULO VIII: EXTINCION DE LA FIDUCIA	 181
1. NUEVO MATRIMONIO DEL FIDUCIARIO	182
2. VIDA MARITAL DE HECHO DEL FIDUCIARIO	184
3. NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACION Y DIVORCIO DE COMITENTE Y FIDUCIARIO	186
4. TENER EL FIDUCIARIO UN HIJO NO MATRIMONIAL	193
5. CONCLUSION DEL PLAZO ESTABLECIDO	194
6. MUERTE, IMPOSIBILIDAD O INCAPACIDAD DEL FIDUCIARIO	195
7. RENUNCIA DEL FIDUCIARIO	196
8. INDIGNIDAD SUCESORIA DEL FIDUCIARIO	197
9. EXTINCION DE LA FIDUCIA POR LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL DOCUMENTO DE SU CONSTITUCION	197
10. LA REVOCACION DE LA FIDUCIA	198
11. ¿EXTINCION POR VOLUNTAD DE LOS BENEFICIARIOS?.	199
12. EFECTOS DE LA EXTINCION DE LA FIDUCIA	200
 CAPITULO IX: FISCALIDAD DE LA FIDUCIA	 203
1. ANTECEDENTES Y EVOLUCION LEGISLATIVA	204
2. REGULACION ACTUAL	206
A) El precepto reglamentario	206
B) Dudosa legalidad del precepto relamentario	209
C) Criterios de futuro	211

PROLOGO

I

LA "Colección del Justicia de Aragón" nace con la decidida vocación de recoger y difundir todas las contribuciones que se quieran hacer desde la reflexión jurídica para el mejor conocimiento del contenido de las tres grandes funciones que la Institución del Justicia tiene encomendadas por el Estatuto de Autonomía de Aragón:

- La defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos.
- La defensa del propio Estatuto de Autonomía.
- La tutela del entero ordenamiento jurídico aragonés.

En todos los ámbitos citados nuestra intervención, habitualmente, se produce "a posteriori", es decir, una vez que se ha manifestado la disfunción en el normal actuar de las Administraciones Públicas. Sin embargo, somos conscientes de que es mejor adelantarse a los problemas que ir detrás de ellos. En consecuencia, tenemos la firme determinación de estimular todas las iniciativas que puedan evitar la producción de los mismos. Estas medidas preventivas pueden ser de muy diversa índole, pero no hay duda de que una de las más importantes debe ser el fomento de los estudios multidisciplinarios sobre los asuntos más conflictivos que detectamos en nuestro trabajo diario. Cuanto mejor se conozcan las dificultades, más fácilmente podremos encontrar los medios necesarios para superarlas.

En este camino, nuestras prioridades de actuación se concretan en algunos ámbitos específicos:

a) Dentro de la función de defensa de los derechos de los ciudadanos, las normas que regulan nuestra actuación nos encarecen a procurar una especial atención a los problemas que aquejan a los colectivos o grupos sociales más débiles y por tanto, más desprotegidos. Por ello, las cuestiones que se refieren a los menores, los extranjeros, los colectivos marginados, los enfermos, los ancianos o las mujeres, reciben la atención preferente de todo el personal al servicio de la Institución del Justicia y serán objeto de una consideración especial en "La colección del Justicia de Aragón".

b) En lo que se refiere a la tutela del ordenamiento jurídico aragonés la Ley reguladora de la Institución del Justicia contiene, en su artículo 34, una previsión concreta sobre la necesidad de estimular la difusión de nuestro Derecho, realizando cualesquiera actividades conducentes a favorecer su conocimiento, estudio e investigación.

Como ha afirmado recientemente el Magistrado del Tribunal Constitucional D. Julio Diego González Campos, "el Derecho propio es la más significativa de las señas de identidad de Aragón y esta identidad, innegablemente, hunde sus raíces en la historia". en consecuencia, es nuestra intención que "La Colección del Justicia de Aragón" dedique una especial atención al estudio del Derecho aragonés, tanto desde una perspectiva histórica como actual.

II

Un ilustre jurista aragonés afirmó, hace ya más de dos décadas: "El Derecho aragonés, más que vivido después de escrito, puede decirse que se ha escrito y aún hoy se está escribiendo, después de vivido".

Las palabras que acabamos de reproducir, cargadas de razón, cobran una especial relevancia hoy en día, vigente la Constitución de 1978, por el reconocimiento que en ésta se hace del derecho de conservar, modificar y desarrollar el derecho civil especial o foral en favor de las Comunidades Autónomas en donde exista en la medida en que nos recuerdan que si el Derecho aragonés tiene una nota que lo pueda definir es su carácter vivo y popular, su pleno entronque en la vida de los aragoneses.

Es importante no perder este punto de referencia. Flaco favor haremos a los aragoneses si utilizamos de modo inadecuado las facultades que la Constitución nos ha conferido, construyendo un Derecho en el que los ciudadanos no se puedan reconocer. No podemos desconocer la historia, pero tampoco debemos olvidarnos de la realidad social en que vivimos. La armonización de estos dos factores exige un serio esfuerzo, pero a buen seguro que el resultado será un Derecho vivido.

III

La Institución del Justicia de Aragón, consciente de la necesidad de estimular los estudios sobre Derecho Civil aragonés, ha acometido variadas iniciativas, algunas de las cuales han contado con la colaboración de diversas instituciones y entidades aragonesas.

En este mismo esfuerzo de difusión, "La Colección del Justicia de Aragón" inicia su andadura publicando un estudio monográfico sobre una singular institución aragonesa, la fiducia sucesoria.

La obra ha sido escrita por el Notario D. José Luis Merino Hernández, conocedor profundo del Derecho Civil de Aragón, destacado jurista en una tierra rica en juristas brillantes.

El estudio pretende abordar el análisis de esta peculiar institución basada en la confianza, con un enfoque abierto. Como afirma el autor en su "Introducción", su planteamiento tiene como finalidad "hacer de la fiducia una figura útil que sirva a las nuevas necesidades socioeconómicas del aragonés medio". Para ello parte del análisis histórico de la fiducia aragonesa y de las figuras afines existentes en los otros derechos españoles, intentando aunar pasado y presente de modo que el resultado sea, al modo que antes hemos expuesto, un "derecho vivo".

Juan Bautista Monserrat Mesanza
EL JUSTICIA DE ARAGON

INTRODUCCION

LA llamada "fiducia aragonesa" forma parte de lo que, de una manera muy genérica, da en llamarse "instituciones de confianza" que son aquellas en las que aparece como elemento esencial y base de su existencia la "fides" o confianza que una persona deposita en otra u otras para el logro de una determinada finalidad, con trascendencia jurídica.

En un intento de mayor aproximación conceptual, lo primero que resalta al estudiar la figura es el diferente tratamiento con que es regulada en los distintos ordenamientos jurídicos que la contemplan. Ya empezando por el nombre, pues lo que en Aragón, Cataluña, Navarra, Ibiza y Formentera recibe el nombre de "fiducia", en Alava se llama "usufructo poderoso", en Vizcaya "testamento por comisario", y en Mallorca y Menorca "heredero distribuidor".

Nombres que dan una primera impresión acerca de las diferencias substantivas que van a encontrarse al estudiar estas figuras en los distintos ordenamientos civiles españoles. Una variedad que arranca de los propios orígenes –legislativos en unas ocasiones, consuetudinarios en las más– de cada una de ellas en los diferentes territorios en donde las mismas se han practicado; pero que se acrecienta mucho más a raíz de la aprobación de las nuevas leyes civiles territoriales tras la promulgación de la Constitución española de 1978.

Esa variedad institucional aconseja englobar bajo una denominación común a todas esas figuras afines, especialmente, para diferenciarlas de otras con las que pueden mantener una cierta similitud. Las llamaré a todas ellas "delegación sucesoria",

entendiendo por tal la situación jurídica que se produce cuando una persona encomienda a otra, a modo de "delegado" suyo, la ordenación, total o parcial, con límites o sin ellos, de su propia sucesión hereditaria.

Y la primera diferencia fundamental surge con la "herencia de confianza", regulada hoy en los Derechos catalán y navarro junto a sus respectivas modalidades de "delegación sucesoria". En aquella institución, el causante nombra un heredero o legatario "para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito" (cfr. Art. 150 del Código de Sucesiones de Cataluña, ley 40/91, de 30 de diciembre, del Parlamento catalán). En la "delegación sucesoria", a diferencia de la "herencia de confianza", el causante encarga a una persona la ordenación de su sucesión sin necesidad de nombrarle heredero o legatario; y si le marca algún tipo de instrucciones, éstas no tienen por qué ser reservadas. Fuera de estas dos diferencias esenciales, resulta aventurado apuntar algunas otras, dadas las interferencias que entre ambas instituciones suelen producirse al ser reguladas en los distintos ordenamientos jurídicos, y tanto en su origen y evolución histórica, cuanto en su normativa actual.

En toda la materia de las llamadas "instituciones de confianza" nos movemos en un terreno muy resbaladizo, donde resulta difícil acuñar conceptos generales claros y definidos. Y es que, probablemente, sean éstas unas de las figuras jurídicas con una evolución histórica más accidentada desde el punto de vista normativo, y en donde el uso popular y la costumbre han desempeñado un papel mucho más importante que en otras instituciones.

El análisis histórico de las llamadas "instituciones de confianza" demuestra que en ellas la voluntad de los particulares ha ido casi siempre por delante de la norma; es más, en la práctica han nacido como figuras marginadas del orden jurídico establecido; como prácticas emanadas de la autonomía de la voluntad individual, reaccionando, normalmente, contra el exceso de rigor y formalismo de la norma positiva correspondiente. De ahí que su configuración esté basada, casi fundamentalmente, en el puro uso territorial. Todo ello puede, quizás, explicar el que con estas instituciones no se haya podido dar lo que es normal en otras: una suerte de "comunicación normativa" que hace que los

criterios legales establecidos por el legislador en un momento y lugar determinados, se transmitan en el tiempo y en el espacio, provocando el nacimiento de instituciones que, aunque con sus normales diferencias, mantienen un "substratum" jurídico común; una suerte de "cordón umbilical" normativo que hace que, en torno a ellas, puedan generarse criterios jurídicos más o menos uniformes, y formularse teorías generales válidas para todas las modalidades que surjan en la práctica.

Precisamente, ello hace que, para tener una idea lo más exacta y cabal de la institución e, incluso, para poder colmar los vacíos y lagunas que la norma positiva pueda ofrecer, sea conveniente un conocimiento lo más aproximado posible de las figuras más cercanas a la que es objeto de esta obra.

Es más, creo que al estudioso del Derecho en general, y del civil en particular, le debe resultar hoy imposible el análisis de cualquier institución prevista en un determinado ordenamiento jurídico, sin adentrarse, simultáneamente, en el tratamiento que, de las afines con ella, puedan realizar los demás Cuerpos de Derecho españoles. La llamada "constitucionalización" de los diferentes Derechos civiles territoriales que conviven en España (Art. 149, 1, 8º de la Constitución) impone esta suerte de estudio comparativo si se quiere tener el más cabal y exacto conocimiento de la materia a analizar, pues difícilmente se puede ignorar la evolución y tratamiento de la misma en todos los ordenamientos españoles.

Pero es que, además, cuando el estudioso pretende adentrarse en el conocimiento profundo de la "fiducia sucesoria", de lo primero que se apercibe es de la escasa regulación normativa de la misma en la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón; y si compara con el resto de los textos legales civiles de las otras Comunidades Autónomas que también han mantenido figuras similares de "delegación sucesoria", esa parquedad normativa del texto aragonés todavía se pone más de manifiesto.

Como ya antes apuntaba, los distintos ordenamientos civiles españoles que regulan la materia se han preocupado de tratarla, en sus respectivas y recientes reformas autonómicas, de una forma mucho más sistemática y con unos criterios técnico-jurídicos más acordes con el momento socio-económico actual. Del análisis comparado de todos ellos se llega, no obstante, a la conclusión de

que ninguno ha conseguido sacar las conclusiones últimas de la institución, ni prever, con respecto a ella, todas las posibilidades que, en su desenvolvimiento ordinario, pueda plantear. Sin embargo, con todas las formulaciones legales presentes se puede llegar a construir, con bastante exactitud, una cierta teoría general de la "delegación sucesoria", que permita colmar los vacíos normativos que para cada una de sus variantes se producen en los diferentes textos civiles.

Y eso es lo que me propongo realizar en el estudio de la "fiducia sucesoria": una vez conocido cada uno de los ordenamientos civiles españoles, vistas las distintas soluciones que en cada uno de ellos se da a la variada problemática de la correspondiente "delegación sucesoria", tratar de colmar los muchos vacíos legales que la Compilación aragonesa contiene en esta materia.

Por fin, el enfoque que en esta obra hago de la diferente problemática de la fiducia aragonesa parte de una línea de pensamiento aperturista, en modo alguno ceñida al texto literal de la ley, ni mucho menos a lo que podría calificarse de "tradicional ortodoxia dogmática" en la materia. La notable evolución que, en los últimos años, ha experimentado la sociedad aragonesa, aconseja salirse de los estrechos moldes con que la institución ha venido siendo tratada por la civilística (y no sólo aragonesa), con la única finalidad de hacer de la fiducia una figura útil que sirva a las nuevas necesidades socio-económicas del aragonés medio.

PARTE PRIMERA

Breve estudio comparativo,
histórico y actual



CAPITULO I

DERECHO EXTRANJERO

1. DERECHO ROMANO

Coincide la doctrina en afirmar que estas llamadas "instituciones de confianza" tienen su origen en el Derecho romano. Pero, a diferencia de otras en las que la regulación romana ha servido de base para su incorporación, más o menos adaptada y modificada, a los ordenamientos jurídicos modernos, la institución que nos ocupa se cimenta y desarrolla más en las actuaciones particulares "contra legem", que en la propia previsión del legislador (1).

Así, como recuerda Joaquín Costa, en el antiguo Derecho romano, bajo el régimen de la República, el excesivo rigor de la norma, con una notable extensión de las incapacidades para heredar, da pie al nacimiento de los llamados "fideicomisos"; en virtud de ellos, el que desea verificar una disposición "mortis causa" en favor de persona a quien la ley no reconoce capacidad hereditaria, dispone en favor de una persona capaz con el ruego, hecho bien en el propio testamento, o bien reservadamente (de palabra o por escritos privados) de que restituya o entregue la herencia o legado de que se trate a la persona incapaz designada por el testador. "Era una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido, y dependiente por entero de su voluntad, no de la ley" ("fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur") (2).

Y como señala Puig Ferriol, "este primitivo fideicomiso vive al margen del ordenamiento jurídico, pues el fideicomisario carece de

(1) Joaquín Costa, "Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil español", Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905, pág. 8.

(2) Luis Puig Ferriol, "El heredero fiduciario", Universidad de Barcelona, Cátedra "Durán y Bas", Barcelona, 1965, pág. 20.

toda acción contra el fiduciario para que éste cumpla el gravamen restitutorio, que no tiene otro punto de apoyo que la buena fe del fiduciario, hasta que Augusto llevó los fideicomisos al ámbito jurídico, orientación que fue seguida y desenvuelta por los emperadores posteriores ante la amplia difusión que el instituto había obtenido en la práctica" (3).

Junto a todo ello, en el Derecho romano de todas las épocas aparece una prohibición general de dejar la elaboración del testamento y la designación de los herederos o legatarios, al arbitrio de un tercero. Son muchos los textos del "Corpus" que establecen esta prohibición. Así, en concreto, la "lex illa institutio" del Digesto (28, 5, 32) dispone: "La institución de 'los que quisiese Ticio' es viciosa porque se deja al arbitrio ajeno, ya que bien claramente dejaron establecido los antiguos que los derechos testamentarios deben valer por sí mismos y no depender del arbitrio ajeno".

Pese, sin embargo, a esa prohibición general, el propio Derecho romano justineano conoció, al menos, dos modalidades de lo que he dado en denominar "delegación sucesoria": la facultad del heredero para designar al legatario, y la del fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, para elegir a los fideicomisarios.

Respecto de la primera existen ejemplos claros en el Digesto: "Un legado puede dejarse al arbitrio de otra persona" (D. 31, 1, 1); "Se puede dejar un legado al arbitrio de un tercero, pero no del heredero" (D. 30, 1, 43); "Si se hubiese dejado un legado a Ticio o a Seyo, a elección del heredero, este se libera de su obligación frente a ambos si da el legado a uno de ellos; si no lo da a ninguno, ambos pueden reclamarlo como si se les hubiere hecho el legado a cada uno de ellos solo" (D. 31, 1, 16).

Y de la segunda posibilidad: "En la disposición 'te ruego que cuando muera restituyas el fundo a quien quieras de mis libertos', conforme al tenor de las palabras, la elección es del fiduciario, y ninguno de los libertos puede reclamar el fideicomiso en tanto puede ser elegido otro" (D. 31, 1, 67); "Si el testador dispuso que un heredero restituya su parte a sus coherederos y estos fueron instituidos en partes desiguales..." (D. 34, 5, 7).

Son textos todos ellos en los que no resulta difícil entrever el origen histórico-normativo de esas llamadas "instituciones de confianza"; a veces, entremezclando criterios de unas y otras, de la

(3) Pompeyo Claret y Martí, "De la fiducia y del 'trust'"; Librería Bosch, Barcelona, 1946, pág. 41.

actual "herencia de confianza" y de las distintas modalidades de "delegación sucesoria".

Lo que sí parece claro es que en el Derecho romano de la última época estas figuras no sólo no estuvieron prohibidas por el legislador, sino que éste, incluso, les dió un cierto tratamiento. Lo que contrasta, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, con ciertos Ordenamientos históricos españoles de los que se afirma su condición de seguidores o imitadores del Derecho romano justineano, y en los que, tanto la "herencia de confianza", como la "delegación sucesoria", y mucho más la primera, quedan proscritas como instituciones indeseables y peligrosas.

2. DERECHO GERMANICO.

En el Derecho germánico medieval surge una curiosa figura, el "Salmann", cuya evolución posterior, hasta llegar al moderno "ejecutor testamentario", va a ofrecer rasgos interesantes al objeto del estudio que nos ocupa.

Como es sabido, en el primitivo Derecho germánico el testamento es desconocido, no existe; el patrimonio se encuentra vinculado al grupo familiar o de la sangre, de manera que al fallecimiento de su titular, los bienes pasan, inexorablemente y de forma automática, a su clan o familia, de forma similar a como tiene lugar, modernamente, en la sucesión intestada.

Un criterio que, como sucede en el Derecho romano con las incapacidades para heredar, no siempre satisface plenamente las aspiraciones y deseos del causante. Para superar estos inconvenientes, el pueblo idea la figura del "Salmann" o heredero a quien el causante transmite "a mano fiel" (en confianza) su patrimonio, para que, a su vez, lo entregue, tras su muerte, en presencia de la asamblea pública, y en el plazo de un año, a las personas que el propio causante ha designado.

Cuando en el Derecho alemán moderno es aceptado el testamento, la figura del "Salmann" o fiduciario desaparece para dejar paso al "ejecutor testamentario", ampliamente regulado en el B. G. B. en sus Arts. 2197 y siguientes. De esta moderna regulación, conviene destacar los siguientes aspectos:

El ejecutor testamentario puede ser designado por el propio causante en su testamento (Art. 2.197), o encomendar su nombramiento a un tercero (Art. 2.198). El nombramiento será

ineficaz, si el nombrado es incapaz "en el momento en que ha de entrar en las funciones del cargo" (Art. 2.201).

"El ejecutor testamentario ha de llevar a efecto las disposiciones de última voluntad del causante" (Art. 2.203), y entre ellas, ha de efectuar la partición entre los herederos cuando sean varios (Art. 2.204).

Nota importante en el Derecho alemán, coincidente, como veremos, con la "delegación sucesoria" prevista en algunos de los ordenamientos civiles españoles, es el carácter de administrador del caudal relicto que se otorga al ejecutor testamentario. En base a ello, este tomará posesión de los bienes hereditarios y gozará, además, respecto de los mismos, de las adecuadas facultades de disposición en orden a una buena administración del patrimonio (ver en detalle los Arts. 2.205 a 2.208 del Código civil alemán). En consonancia con dichas atribuciones, la ley alemana dispone que, entretanto esté pendiente la actuación del ejecutor testamentario, "el heredero no puede disponer de un objeto del caudal relicto" de su causante (Art. 2.211); que los derechos hereditarios sometidos a su administración sólo pueden hacerse valer judicialmente por el propio ejecutor (Art. 2.212); sin embargo, las acciones judiciales contra el caudal relicto podrán dirigirse tanto contra el ejecutor testamentario, como contra el heredero (Art. 2.213). Los bienes hereditarios constituyen así una suerte de "patrimonio separado", sometido a una especial administración, lo que hace que "los acreedores del heredero que no pertenezcan a los acreedores del caudal relicto no pueden dirigirse contra los objetos de dicho caudal" (Art. 2.214).

Muy interesante también al objeto que nos ocupa es la disposición del Art. 2.210, el cual, tras afirmar que la ejecución testamentaria debe cumplimentarse en un plazo no superior a treinta años, añade que "el causante puede, sin embargo, ordenar que la administración deba subsistir hasta la muerte del heredero o del ejecutor testamentario o hasta la producción de otro acontecimiento en la persona del uno o del otro"; lo que en algún aspecto aproxima la institución a la "delegación sucesoria" de los ordenamientos civiles españoles, y de forma especial, a la "fiducia" aragonesa.

Por último, me interesa destacar las normas relativas a la existencia de varios ejecutores testamentarios para una misma herencia. Dispone, en primer lugar, el Art. 2.224 que el propio testador podrá ordenar la manera en que deban actuar los distintos nombrados; en defecto de indicaciones al respecto, los ejecutores

actúan mancomunadamente, resolviendo, en caso de divergencia, la autoridad judicial. Y en el supuesto de que alguno de los ejecutores falle, "los restantes ejercen el cargo solos".

Intencionadamente, he resaltado sólo aquellos aspectos de la regulación alemana que más interesan al estudio de la "fiducia sucesoria" aragonesa, y en los que ésta puede inspirarse en algún momento para colmar aquellas lagunas de que adolece la propia legislación aragonesa que, como veremos, son abundantes.

3. DERECHO ANGLOSAJON.

En la Inglaterra medieval se produce una situación similar y paralela a la acaecida en Roma con las incapacidades para heredar, o en el Derecho germánico primitivo con las vinculaciones familiares. Las leyes contra las manos muertas prohibían las donaciones de bienes inmuebles a favor de los conventos y las iglesias. Para eludir estas leyes, el clero inglés ideó el procedimiento de realizar estas donaciones a un tercero, pero con obligación por parte de éste de ceder los beneficios de los bienes al establecimiento religioso que se quería beneficiar. Más tarde este mismo procedimiento sería utilizado para testar en favor de los hijos, pero de una forma indirecta para evitar las confiscaciones derivadas de las guerras: testando en favor de un hombre de confianza que restituyera los beneficios en provecho de los descendientes del causante (4).

Una institución de confianza, el "use" o "trust", que encontrará su primera aceptación legal en el "Statute of Uses" de 1535, y, modernamente, en "The Trustee Act" de 1893. Hoy, el "trust" es considerado por la doctrina como un negocio jurídico unilateral, en virtud del cual el titular de un patrimonio -"settlor"- transmite éste, formalmente, a una persona -"trustee" o fiduciario-, para que lo administre en beneficio de un tercero -"cestui que trust".

La más completa regulación legal de la figura se encuentra, curiosamente, en el Código civil de la provincia canadiense de Quebec. Se trata éste de un Código de neta inspiración francesa prenapoleónica (el Derecho civil francés fue adoptado en 1663 por Edicto del Consejo Superior de Quebec) que, en 1879, y ya bajo dominación e influencia inglesas (Canadá se incorporó a Inglaterra en 1763 en virtud del Tratado de París), incorpora a su Código Civil de 1866 la institución inglesa del "trust". Y, también curiosamente, no lo hace

(4) Op. cit. pág. 21.

bajo esta denominación anglosajona, sino la más típicamente latina de "fiducia".

Su Art. 981 a) define la figura en los siguientes términos:

"Toda persona capaz de disponer libremente de sus bienes puede transferir sus propiedades muebles o inmuebles a fiduciarios, por donación o por testamento, para el beneficio de personas en favor de las cuales puede hacer válidamente donaciones o legados". Ya de esta primera definición legal interesa resaltar algunos aspectos en relación con el tema que nos ocupa. El principal, a mi juicio, es el hecho de que la "fiducia" ha de constituirse siempre en acto gratuito, pero tanto "inter vivos", como "mortis causa"; el testamento y la donación son así los dos negocios jurídicos aptos para su puesta en funcionamiento. Convendrá recordar estas cuestiones cuando tratemos de la "fiducia" aragonesa.

Por otra parte, como va a poder comprobarse a lo largo de todo su tratamiento legal, el "trust" canadiense participa, en su estructura y funcionamiento, de notas características propias de la "delegación sucesoria" y de la "herencia de confianza". De forma similar a ésta, el "trustee" o fiduciario es formalmente instituido, por el "settlor" o fideicomitente, como donatario o heredero, aunque su posición con respecto a los bienes que le son transferidos es la de un depositario y administrador "para el beneficio de los (verdaderos) donatarios o legatarios" (Art. 981 b)). En base a dicha cualidad, "los fiduciarios, sin intervención de las partes beneficiarias, administran la propiedad que les es confiada y disponen de ella..." (Art. 981 j).

La fiducia es cargo personalísimo; por ello, "los poderes de un fiduciario no pasan a sus herederos" (Art. 981 e).

La pluralidad en el nombramiento de fiduciarios la resuelve la ley, en primer lugar, apelando a la libre determinación del fideicomitente quien, en el acto de constitución de la fiducia puede decidir sobre la forma de actuar de los mismos; en su defecto, las decisiones han de ser adoptadas por mayoría (Art. 981 f). Advertimos aquí una interesante diferencia con los ejecutores testamentarios del Código civil alemán, los cuales, según acabo de explicar, actúan, cuando son varios, mancomunadamente.

La fiducia se extingue en los términos, plazos y condiciones que el fideicomitente haya establecido. Y es en ese momento cuando el fiduciario debe proceder a la entrega de la propiedad de los bienes a la personas designadas como beneficiarios de la misma (Art. 981 l).

CAPITULO II

DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español, o mejor, los diferentes Derechos civiles españoles, ofrecen una rica y compleja variedad de lo que se da en llamar "instituciones de confianza", y dentro de ellas, de las distintas modalidades de "delegación sucesoria". Una variedad que se manifiesta no solamente en sus regulaciones normativas actuales, sino en su mismo origen y evolución histórica, y que aconseja el estudio por separado de cada una de ellas.

1. DERECHO DE CASTILLA.

En el Derecho del antiguo Reino de Castilla no existe una línea normativa uniforme en la materia que nos ocupa, y los distintos ordenamientos jurídicos, según los momentos históricos, ofrecen tratamientos distintos y aún a veces contrapuestos.

El primer texto legal en el que la llamada "delegación sucesoria" aparece recogida de forma expresa es el Fuero Real. Este texto normativo, concluido entre 1254 y 1255, bajo el reinado de Alfonso X el Sabio, y con pretensiones de erigirse en Código general para toda Castilla (sólo conseguido parcial y coyunturalmente), "tuvo el singular mérito -dice Antequera- de respetar el derecho tradicional y consuetudinario, acomodándose a las exigencias de su época" (5). De lo que se deduce que el llamado "testamento por comisario" debía ser práctica enraizada en el pueblo castellano, de modo similar a como lo era y se encuentra en otros muchos territorios de dentro y fuera de la Península. En concreto, la ley 7ª, del título V, del libro III, disponía

(5) José María Antequera, "Historia de la legislación española", 3ª edic. , Imprenta de Antonio Pérez, Madrid, 1890, pág. 263.

que "si alguno no quiere o no pudiere por sí ordenar la manda que ficiere de sus cosas, e diese su poder a otro, puédalo facer é lo que él ordenare o diere, vala, así como si lo ordenare aquel a quien dió el poder". El uso de la palabra "poder" indujo con el tiempo a conocer a esta figura jurídica, también, con el nombre de "poder testatorio"; cuestión que ha incidido hoy en la problemática surgida en torno a la naturaleza jurídica de la institución, de la que me ocuparé más adelante al estudiar en concreto la "fiducia sucesoria" aragonesa.

No habían transcurrido, sin embargo, apenas diez años cuando el mismo monarca castellano, Alfonso X, pretende sustituir la legislación recién dada a sus súbditos, por otra nueva y de diferente corte, a través de las conocidas Siete Partidas. No se conocen bien las causas de esta en algunos casos profunda innovación legal, pero precisamente el hecho de ser nueva y el estar basada, no en el sentir popular, sino en un Derecho tan ajeno al que entonces se vivía en Castilla, como era el Derecho romano, hizo que en la práctica el Código no llegara a alcanzar valor normativo real y efectivo sino hasta su imposición por Alfonso XI, en 1348, a través de la ley conocida como Ordenamiento de Alcalá (6). Y aún así, probablemente, esta vigencia sólo tuvo lugar con respecto a las instituciones en las que las Partidas regulaban materias no incluidas en el Fuero Real, pues en el resto este último tenía valor preponderante (7). Criterio éste que se deduce con bastante claridad de la propia enumeración y ordenación de fuentes que, varios siglos después, efectuará la Novísima Recopilación: su ley 3^a, del título II, del libro III, disponía que, a su promulgación, debía observarse y respetarse, en primer lugar, las leyes posteriores a la propia Recopilación; luego, las leyes de que ésta se componía; después, las del Fuero Real y los Fueros municipales; y, por último, y como supletorias, las leyes de Partidas. Una preeminencia del viejo Fuero Real sobre estas últimas que para el llamado "poder testatorio" representa su vigencia en todo momento, sin que las leyes de Partidas vinieran a suponer corte alguno en la vida práctica de la institución.

En la materia que nos ocupa las Siete Partidas supusieron un giro de ciento ochenta grados, y de la aceptación general de la "delegación sucesoria" en el Fuero Real, se pasó a una prohibición absoluta de la

(6) Antequera, op. cit. pág. 269.

(7) Vid. Sancho de Llamas y Molina, "Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro", Imprenta de la Cofradía de Impresores y Libreros del Reyno, 2^a edic. , Madrid, 1852, reimpresión de Banchs Editor, Barcelona, 1974, pág. 291.

misma en este nuevo Código. En general, las Siete Partidas manifiestan un rechazo global hacia las llamadas "instituciones de confianza", actuando contra estas con una mayor dureza que el propio Derecho romano justineano en el que las mismas pretenden inspirarse; y dentro de ellas, mucho más con relación a la "delegación sucesoria" o "poder testatorio", el cual prohíbe expresa y totalmente, que con respecto a la "herencia de confianza", que llega a admitir en algún momento.

Así, con respecto a la primera, la ley XI, del Título III, de la Partida VI, bajo el rótulo "Cómo el testador debe nombrar por sí mismo á aquel que establece por heredero, et non ponerlo en alvedrio de otri", dispone tajantemente que "declarar debe et nombrar el facedor del testamento por sí mismo el nombre de aquel que establece por heredero; ca si él otorgase poder á otro que lo estableciese en su lugar, non valdrie maguer dixiese así: aquel sea mio heredero que fulan quisiere ó estableciere por mí que lo sea: et esto es porque el establecimiento del heredero et de las mandas non debe seer puesto en alvedrio de otro".

Con respecto a la "herencia de confianza", la ley XIII, del Título VII, de la misma Partida VI, bajo el rótulo "Por qué razones deben perder los herederos la herencia que debien haber", dispone: "... La sexta razon es quando el testador rogase al heredero en poridat (o sea, secretamente) que diese aquella hereditat en aquel establecie á algun fijo ("spurio" en la glosa de Gregorio López) ó á otro que la non podrie heredar porquel era defendido por ley; ca si el heredero compliese tal ruego ó mandamiento del testador et la entregase al otro, perderie por ende el derecho que habie en la herencia... "

Interpretando este segundo texto, explica Joaquín Costa que para el Derecho de Partidas no era nulo el encargo hecho por el testador a su heredero (fiduciario o de confianza) para entregar la herencia a persona o personas determinadas, siempre que tal encargo no se hiciera en secreto y los posibles fideicomisarios fueran personas con capacidad para heredar (8).

Gran desconcierto en esta y otras materias debieron de producir en el foro las Siete Partidas, pues, como relata Antequera, fueron muchos los que solicitaron de los Reyes Católicos una ordenación legislativa que aclarase definitivamente las contradicciones normativas existentes. Este deseo, atendido por los monarcas, dio

(8) Op. cit. págs. 20 y 21.

como resultado la promulgación de las conocidas como Leyes de Toro, aprobadas en las Cortes celebradas en esta ciudad castellana en 1505 (9). En ellas, la "delegación sucesoria" vuelve a estar presente, y ahora con gran precisión y detalle. De la misma se ocupan las leyes XXXI a XXXIX.

Desde luego, no es este el momento y lugar para realizar una exposición detallada de esta interesante normativa castellana. Sin embargo, y al objeto del estudio que nos ocupa, sí parece conveniente traer aquí los textos de algunas de aquellas leyes.

Así, en la primera de ellas, la ley XXXI, por primera vez se utiliza la palabra "comisario", nombre con el que se designa a la persona que recibe el "poder testatorio" de quien efectúa la "delegación sucesoria". Como luego veremos, en algunas legislaciones españolas la figura jurídica en cuestión es conocida como "testamento por comisario".

La misma ley enumera los actos "mortis causa" que, en nombre del causante, puede realizar el comisario, siempre que haya recibido "poder especial" para ello: nombrar heredero, mejorar, desheredar a los hijos o descendientes del testador, sustituirlos vulgar, pupilar o ejemplarmente, efectuar cualquier otro tipo de sustitución o, por fin, dar tutor a los hijos o descendientes del causante. Una enumeración realmente interesante en lo que concierne a los instrumentos sucesorios de que puede valerse el comisario; sin embargo, muy limitada substancialmente por la exigencia del "poder especial" que, en lo que concierne al nombramiento de heredero, debe expresar "por su nombre á quien manda que el comissario faga heredero"; una limitación muy importante que reduce el campo de actuación del comisario, alejando sus atribuciones de lo que en el Derecho aragonés actual se califica de "ordenar la sucesión" (según explicaré más adelante).

En la ley XXXIII de las de Toro se establece un plazo máximo de cuatro meses durante el cual el comisario podrá cumplir el encargo dado por el testador, y transcurrido el mismo sin haberlo efectuado, de conformidad con la ley XXXVI, se abre la sucesión intestada del comitente. Una consecuencia jurídica ésta, aplicada a la extinción de la "fiducia" que, no por obvia, deja de ser importante en su formulación legal; y a la que será preciso apelar en algún momento cuando tratemos en profundidad de la "fiducia sucesoria" aragonesa.

(9) Op. cit. pág. 426.

Muy interesante también la ley XXXV, conforme a la cual "el comisario no pueda revocar el testamento que obiere por virtud de su poder una vez hecho". De la que cabe extraer, al objeto de nuestro estudio, una doble conclusión: que el fiduciario o comisario no puede revocar el acto en virtud del cual hace uso del "poder testatorio" que se le ha conferido, y que la ejecución del mismo parece que ha de realizarse siempre por acto "mortis causa", y necesariamente, por testamento. Más adelante veremos las diferencias con los ordenamientos jurídicos modernos, y especialmente, con el Derecho aragonés vigente, en donde el uso de la fiducia admite distintas posibilidades de actuación del fiduciario; en realidad, tantas como las que, en vida, tenía el comitente o causante.

El supuesto posible del nombramiento de varios comisarios por un mismo testador lo resuelve la ley XXXVIII atribuyendo las decisiones a adoptar a la mayoría de ellos; de ahí que si alguno no quiere o no puede ejercer su función, esta es asumida por el resto. La resolución de los empates, si se producen, corresponde a la autoridad civil local.

Por último, la ley XXXIX determina que el nombramiento de comisario ha de hacerse, necesariamente, mediante testamento, otorgado con las solemnidades propias de éste. No admiten, pues, las leyes de Toro la "delegación sucesoria" a través de instrumento público distinto, como hoy sucede, por ejemplo, en el Derecho aragonés de la Compilación.

La Novísima Recopilación, promulgada en 1805 bajo el reinado de Carlos IV, último Código castellano anterior al vigente de 1889, traslada a su Título XIX del Libro X el contenido íntegro de las leyes XXXI a XXXIX de Toro. Con ella se cierra en Castilla un ciclo legislativo importante, que bien puede calificarse de permisivo en lo que concierne a la "delegación sucesoria" o "poder testatorio", frente a la regulación actual del Código civil, mucho más restrictiva.

Restrictiva sí, pero no enteramente prohibitiva. En efecto, de una primera lectura del Art. 670 pudiera llegarse a la conclusión de que la "delegación sucesoria" ha sido proscrita del Código civil. "El testamento —dice— 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". Conclusión que podrían ratificar las palabras de García Goyena al explicar el contenido del precepto equivalente (el Art. 558) en el Proyecto de 1851: "Con esto quedan derogadas la ley 31 de Toro y siguientes, que forman el título

19, libro 10, Novísima Recopilación, y la 6, título 5, libro 3 del Fuero Real" (10).

Sin embargo, esa derogación no fué tan absoluta. El Art. 831 del Código, y tanto en su redacción actual, cuanto en la anterior a la reforma experimentada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, es generalmente considerado como una importante excepción a esa aparente prohibición del Art. 670. Introducido aquel en la sección correspondiente a las mejoras, dispone que "podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiera señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes".

La doctrina muestra hoy un amplio entusiasmo en la interpretación de este artículo, queriendo ver en él una suerte de posición transaccional entre la general prohibición a la "delegación sucesoria" del Art. 670 del Código, y la amplia libertad fiduciaria de la mayor parte de las legislaciones civiles territoriales. Se citan, incluso, las propias palabras de García Goyena, quien, con respecto al similar precepto del Proyecto de 1851 (el Art. 663) afirmaba: "Se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados" (11).

Sin embargo, el Art. 831 del Código civil dista mucho de lo que son y representan las instituciones fiduciarias en las antiguas legislaciones forales. El legislador de todas las épocas se ha preocupado de poner en torno a la "delegación sucesoria" en él apuntada una serie de "cerco" limitativos, producto, muy probablemente, de ese sentimiento general existente en los territorios de Código contra la fiducia sucesoria o el testamento por comisario.

En primer lugar, limitaciones importantes de orden personal o subjetivo: la delegación sólo puede ser conferida a favor del cónyuge, y éste sólo puede hacer uso de ella entre los hijos comunes (autores

(10) Florencio García Goyena, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", reimpresión de la edición de 1852 por la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, 1974, pág. 301.

(11) Op. cit., pág. 357.

como Vallet creen que también a favor de los nietos aún viviendo sus padres (12)).

En segundo lugar, limitaciones objetivas o cuantitativas: la delegación sólo afecta al tercio de mejora y, como mucho, y en las interpretaciones más flexibles del precepto (13), al tercio de libre disposición. Y, en todo caso, respetando las legítimas y las mejoras y demás disposiciones efectuadas por el causante.

Y, por último, muy importante limitación en cuanto al ejercicio de la delegación (esta última introducida por la ley de reforma del Código de 13 de mayo de 1981): ésta, y salvo disposición contraria del causante, deberá cumplimentarse en el plazo de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Limitación que echa por tierra esa finalidad que es una de las más importantes de la fiducia en los antiguos territorios forales: el robustecimiento de la posición del cónyuge viudo en la familia, especialmente, frente a los hijos.

Todo ello, sin desconocer los esfuerzos que ciertos sectores de la doctrina hacen últimamente para tratar de ampliar las posibilidades, en principio limitadas, del Art. 831 del Código civil (14).

Desde luego, escaparía al objeto de esta obra tratar de analizar aquí, siquiera someramente, los diversos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales en torno a este precepto. Además de que ello carecería de sentido práctico al objeto de esta obra: decía más arriba que el conocimiento del tratamiento legislativo de la "delegación sucesoria" en otros ordenamientos jurídicos distintos del aragonés, ha de servirnos, fundamentalmente, para tratar de configurar una cierta teoría general de la fiducia sucesoria, a fin de colmar las imperfecciones y los vacíos normativos existentes en la Compilación aragonesa. Lo cual será prácticamente imposible de realizar con el estudio del Art. 831 del Código civil: primero, por las propias limitaciones con que éste configura su especial "delegación sucesoria"; segundo, por la misma insuficiencia normativa que, en esta materia, se aprecia en el Código, donde su Art. 831 deja sin resolver una buena porción de cuestiones que, en la práctica, plantea la figura que regula; y tercero, porque, al decir de la doctrina, este

(12) Juan Vallet de Goytisolo, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, T. XI, pág. 419. De la misma opinión son también Manresa, Lacoste, Barrachina, Valverde, Puig Peña, Menéndez Valdés, Puig Brutau, Díaz Fuentes y Garrido de Palma (citados por Vallet en op. cit. pág. 419, nota 77)

(13) Vallet, op. cit. pág. 417.

(14) Vallet, op. cit. págs. 403 y ss. y los autores que él mismo cita.

precepto del Código, como inspirado que está en la "delegación sucesoria" de los antiguos territorios de Fuero, necesita para su adecuada interpretación y para resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias e insuficiencias que presenta, acudir a una interpretación integradora "por medio de la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a dichas instituciones forales" (15).

Y lo mismo cabe decir de la especial figura contemplada por el Art. 671 del Código civil (elección y distribución por tercero de cantidades entre clases determinadas por el testador), y de la designación de sucesor en la explotación agrícola mediante comisario, regulada en el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, aprobado por Ley de 24 de diciembre de 1981 (16). Son figuras que muy poco aportan al estudio y comprensión de la fiducia sucesoria aragonesa.

2. DERECHO DE VIZCAYA

Las diferencias existentes entre Vizcaya y Alava, en la materia que nos ocupa, y tanto en el origen de la institución, cuanto en su evolución posterior, y aún en su regulación actual, aconseja estudiar por separado el Derecho de cada una de las dos indicadas provincias vascas.

Con indudables antecedentes en las prácticas consuetudinarias del territorio vizcaino (como expresamente reconoce la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de diciembre de 1991), el llamado "poder testatorio" aparece regulado positivamente, por primera vez, en el hoy conocido como Fuero Viejo. Se trata, probablemente, de la primera recopilación foral vizcaina, pues como se indica en su propio preámbulo, "por excusar de no caer en los errores, é males, é daños que fasta aquí habían caído los vizcainos, quería bien de escribir é poner por escrito las libertades, é franquezas, é usos, é costumbres, é albedríos, é privilegios que las villas é tierra llana habían é no tenían por escrito". La colección se elabora en 1452, y su aprobación por Enrique IV data de 1454 (con posteriores confirmaciones reales en 1472, 1476 y 1512).

Del "testamento por comisario" se ocupa el capítulo 127, bajo la rúbrica "Titulo de los testamentos fechos por poder". En su parte

(15) Garrido de Palma, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", en Libro Homenaje a Roca Sastre, vol. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, pág. 392.

(16) Un reciente análisis de ambas figuras puede encontrarse en la obra de Clara I. Asúa González "Designación de sucesor a través de tercero", Edit. Tecnos, Madrid, 1992.

dispositiva se permite el dar poderes a otros ("parientes é amigos, é los maridos á las mujeres, é las mujeres á los maridos") para hacer el testamento y nombrar herederos ("é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes"), después de la muerte del testador; debiendo tener por válido todo lo hecho por el apoderado "ansi como si el tetador mesmo en su vida hobiese fecho é ordenado". Una formulación muy simple, pero, al mismo tiempo, muy amplia que, incluso en su misma redacción, recuerda al Fuero Real (por aquella época, éste, como luego explicaré, estaba vigente en el territorio de Alava, por lo que no puede extrañar su influencia, por vecindad, en el Fuero de Vizcaya). Como en el Fuero castellano, en el vizcaino se habla de "poder" (todavía no ha surgido a la vida legal el término "comisario") y al apoderado se le conceden amplias facultades para "ordenar la sucesión" del testador, sin limitación alguna. Destaca también del Fuero Viejo de Vizcaya la referencia que se hace a "parientes é amigos", con la innegable posibilidad de que el "fiduciario" o "comisario" pueda ser persona ajena a la familia del testador.

En la Junta general vizcaina celebrada en abril de 1526 se aprueba una nueva recopilación foral, sancionada por Carlos V el 7 de junio de 1527. Este nuevo Fuero de Vizcaya regula la materia que nos ocupa en la Ley III, del Título XXI, en la que se introducen importantes innovaciones en la materia, manteniendo, no obstante, el espíritu primigenio de la institución. Se habla aquí ya de "comisarios" (indudable influencia de las castellanas Leyes de Toro) y se establecen unos términos concretos para que los mismos puedan realizar su cometido, dependiendo de la edad y estado civil de los hijos y descendientes del testador. En la Ley XXXVIII de las de Toro parece inspirado el criterio final del Fuero de que, habiendo sido nombrados varios comisarios, en defecto de alguno o algunos de ellos, entre los restantes quede la "facultad (fiduciaria) insolidum". Sin embargo, pese a estas claras influencias del texto legal castellano coetáneo, en el Fuero de Vizcaya se reacciona contra la interpretación doctrinal de la Ley XXXI de Toro, disponiendo que "la tal institución que hicieren (los comisarios) valga, no embargante que el testador en su testamento, y postrimera voluntad, no haya nombrado, ni declarado a cual de sus hijos, o descendientes, o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar, y elegir"; con lo que las facultades del comisario resultan en Vizcaya mucho más amplias que lo son en Castilla a partir de las Leyes de Toro. Y con esta normativa se llega en esta provincia vasca hasta la Compilación de 30 de julio de 1959, cuyo capítulo II, del Título III, del Libro primero, Arts. 15 a 20 inclusive,

regula, con bastante detalle, el "testamento por comisario". La reciente reforma de dicha Compilación, aprobada por Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, introduce en la regulación de la figura algunas precisiones y variantes tendentes a mejorar la normativa de la institución, y a las que haré referencia seguidamente.

Ahora bien, con respecto a Vizcaya es necesario siempre distinguir entre el llamado Territorio Histórico (definido por el Art. 6º de la Compilación), que es en el que se aplicaban los Fueros estudiados, y el resto de la provincia, sometido al Derecho del Código civil; históricamente, por tanto, afecto a todas las vicisitudes experimentadas desde el Fuero Real hasta el Código vigente (17).

De la normativa vizcaina vigente en la materia, interesa destacar los siguientes aspectos:

En primer lugar, lo relativo al propio CONTENIDO DE LA "DELEGACION SUCESORIA". Conforme al Art. 32 de la vigente Compilación, los comisarios pueden efectuar "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". Dice al respecto Adrián Celaya que, en general, los comisarios vizcainos tienen todas las facultades que correspondan al testador, que son variadísimas; y a título de ejemplo cita el hacer apartamientos de herederos, imponer gravámenes y sustituciones, hacer legados en favor del alma y verificar la partición de los bienes (18).

Por mi parte pienso que, pese a la aparente amplitud con que la legislación vizcaina se pronuncia en esta materia, algo ha perdido la normativa vigente con respecto a sus antecedentes históricos. Recuérdese que ya en el Fuero Viejo se hablaba de que los vizcainos podían encomendar a otras personas para "ordenar sus testamentos é mandas", como equivalente a la expresión aragonesa vigente "ordenar la sucesión". Concepto que, como tendré ocasión de explicar más adelante, sí abarca todas las posibilidades de actuación sucesoria que el causante o fideicomitente hubiera tenido en vida. En una palabra, "ordenar la sucesión" de una persona es o puede ser mucho más que simplemente disponer de sus bienes "mortis causa", y desde luego, mucho más que sólo "distribuirlos". La ordenación de la

(17) Situación que puede cambiar en un futuro inmediato tras la retirada del recurso de Inconstitucionalidad 2685/1992 presentado por el Gobierno de la Nación contra la ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento autónomo vasco, de reforma de la Compilación foral.

(18) Adrián Celaya Ibarra, "El testamento por comisario", Anuario de Derecho Civil, 1972, pág. 765.

sucesión de una persona trasciende, según creo, a lo meramente patrimonial, y puede llegar a entrar en el campo de lo estrictamente personal (por ejemplo, en base a este criterio, y anticipando una idea que luego desarrollaré más ampliamente, un fiduciario puede evitar la preterición por falta de mención de algún legitimario en el testamento del causante-fideicomitente, sustituyendo a éste y verificando, en su lugar, la mención correspondiente). Digo todo esto porque de la vigente normativa vizcaina parece desprenderse un cierto recorte en el contenido substantivo de las facultades del comisario, al estar refiriendo su actuación casi exclusivamente al ámbito patrimonial, es decir, concretándola solamente a los bienes de su comitente, pero no a otros aspectos de su sucesión hereditaria. Como única excepción a ello, el Art. 42 de la Compilación dispone 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”.

Un tema interesante en el Derecho vizcaino –que luego lo veremos reproducido en el aragonés– es el de LAS PERSONAS QUE PUEDEN SER DESIGNADAS COMISARIOS. Ante la afirmación legal contenida en la Compilación de Vizcaya (y tanto la promulgada en 1959, cuanto su nueva versión reformada de 1992), de que el testador puede encomendar la “delegación sucesoria” a uno o varios comisarios, sin distinguir ni limitar su relación con el comitente, Adrián Celaya decía que en Vizcaya –y en contraposición con otros ordenamientos civiles, como, por ejemplo, el aragonés (afirmación ésta verdaderamente arriesgada e incierta, como tendré ocasión de exponer más adelante)– la tradición histórica al respecto ha sido la de no limitar el nombramiento de comisario al cónyuge; y recordaba al respecto la ley 127 del Fuero Viejo, y la 3ª del título XXI del Fuero Nuevo, aunque luego terminaba afirmando que “la figura del comisario no consorte (es) algo extraña al Derecho realmente vivido en Vizcaya (19). Lo cierto es, sin embargo, que con el texto foral vigente cualquier persona puede ser nombrada comisario: cónyuge o no, parientes e incluso personas ajenas a la familia.

En lo que concierne al instrumento a través del cual puede verificarse el NOMBRAMIENTO DE COMISARIO, la Compilación vasca establece una fórmula general –el testamento ante Notario– y una específica o singular –las capitulaciones matrimoniales o el pacto sucesorio– cuando el nombramiento se efectúe recíprocamente entre

(19) Op. cit. págs. 764 y 765.

cónyuges (Art. 33). Adrián Celaya critica el rigor formalista de la norma en lo que concierne al testamento notarial: "No parece muy justificada esta restricción" dice. La designación de un comisario en testamento es mucho más sencilla que las variadas cláusulas que puede contener un testamento que hace disposición concreta de los bienes. El testamento más complejo puede extenderse en forma ológrafa o en peligro de muerte. ¿ Por qué prohibir la designación de comisario? Quien se halla en peligro de muerte y otorga un testamento 'il buruko', encontrará seguramente más sencillo remitirse a un comisario que resolver en el acto todas las dificultades que su sucesión plantea" (20). Creo que tiene razón este autor: como veremos más adelante, este rigor formal no existe en el Derecho aragonés, donde la Compilación admite el nombramiento de fiduciario, como fórmula general, "en testamento o escritura pública" (vid. Art. 111, 1 Comp. de Aragón); de donde se desprende que, en principio, todo tipo de testamento es apto y válido a los efectos de la constitución de la "fiducia sucesoria". Y además, cualquier otro tipo de escritura pública, aunque no sea testamentaria; posibilidad que tampoco contiene el Derecho de Vizcaya.

Este supera, sin embargo, al aragonés en no pocas precisiones que su texto foral contiene. Una de ellas, la recogida en el Art. 34 de la Compilación de 1992: "el comisario habrá de tener la CAPACIDAD necesaria para el acto a realizar al tiempo de ejercitar el poder testatorio". En esta primera parte del precepto se contiene una doble y muy interesante afirmación: una, que la capacidad exigida al comisario lo es en el momento de tener que ejercitar el encargo de su comitente; y otra, que la capacidad que en ese momento se le exige es la específica para el acto de que se trate, por tanto, ningún tipo de capacidad general, ni negocial, ni sucesoria.

En su segunda parte, el citado Art. 34 dispone que "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". Una doble posibilidad muy importante a efectos de evitar posibles manipulaciones del poder en perjuicio de los hipotéticos beneficiarios.

En todo este artículo se aprecia una técnica jurídico-legislativa depurada, que viene a colmar un vacío existente en la Compilación vasca de 1959. Sin embargo, no está claro que las soluciones

(20) Adrián Celaya Ibarra, "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Edersa, T. XXVI, Madrid, 1978, pág. 166.

adoptadas por el legislador sean las más adecuadas. Así, con respecto a la capacidad exigible al comisario, Adrián Celaya, en 1972, afirmaba que "hay que atenerse al momento en que se hace uso del poder, no al tiempo en que se otorga el poder testatorio", y por ello, "podrá designarse comisario al menor de edad, siempre que al tiempo de hacer uso del poder haya llegado a la mayoría" (21). Más tarde, en 1979, ampliando este inicial criterio, añadía que en esta materia también hay que considerar el momento del fallecimiento del testador comitente y que "es en ese momento cuando el comisario ha de ser capaz... Tampoco sirve que adquiriera la capacidad después de la muerte, en un momento distinto, pues el testamento debe 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" (22). Criterio este último que erróneamente, a mi juicio, no ha seguido el legislador autonómico vasco en su reforma de 1992.

Los CARACTERES DEL CARGO DE COMISARIO quedan perfectamente definidos en el moderno Art. 39 de la Compilación vasca: es voluntario, gratuito, personalísimo e intransferible.

El supuesto de PLURALIDAD DE COMISARIOS lo resuelve la Compilación en unos términos de gran libertad de disposición para el causante-comitente. Dispone al respecto el Art. 43 que "los comisarios desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se adoptarán por mayoría, y en caso de empate decidirá el nombrado en primer lugar". A este respecto, explica Adrián Celaya que los elaboradores de la Compilación se apartaron en su momento de la tradición vasca representada en el Fuero de Vizcaya, en el que su ley 3ª del título XXI establecía la solidaridad, para aceptar el criterio de las leyes de Toro, concretamente la XXXVIII, en la que se establece el principio de la mancomunidad (23).

En orden a la ADMINISTRACION DE LA HERENCIA mientras se encuentra pendiente de ejercicio el "poder testatorio", el texto foral vizcaino vigente contiene unas disposiciones que pueden tener particular interés a la hora de interpretar cabalmente la "fiducia sucesoria" aragonesa, y colmar los vacíos que contiene la Compilación de Aragón. Establece el Art. 40 de la vasca que "mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal la persona que el testador

(21) Op. cit. en nota (18) pág. 756.

(22) Op. cit. en nota (20) pág. 163.

(23) Op. cit. en nota (20) pág. 170.

hubiere designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga. A falta de designación –concluye el precepto–, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo, y, en defecto de éste, el propio comisario”.

La cuestión de la administración y gestión del patrimonio hereditario cuando existe “delegación sucesoria” es uno de los problemas que, en algunos casos, se plantea como más espinoso y difícil de resolver en aquellos ordenamientos en los que no existe una previsión normativa concreta (ésta será una de las cuestiones más importantes en la interpretación de la fiducia sucesoria aragonesa). La Compilación vasca de 1959 no regulaba la materia. Cuando en 1972 Adrián Celaya se enfrentaba a esta cuestión, comenzaba por afirmar que “puede decirse que aquí se plantea el problema crucial de los poderes testatorios”. Y continuaba: “No es sólo una cuestión técnica, sino también sociológica y filosófico-jurídica que exige precisar la naturaleza exacta de la institución. Si el comisario no es sino un delegado para testar, es claro que ha de someterse a la formación de inventario y que de algún modo ha de proveerse a la administración de los bienes. Pero si es algo más, porque entendemos que ha sido elegido para que disfrute de todos los bienes como usufructuario poderoso, con facultades de disposición, no tendrá que hacer relación de bienes ni rendir cuentas y será, mientras viva, el titular y pleno señor de todo el caudal” (24). Está claro que el autor vasco pretendía hacer del comisario vizcaino una figura más similar al “heredero de confianza” o al fiduciario del “trust” anglosajón; criterio que parece que el legislador de 1992 no se ha atrevido a seguir, adoptando una postura intermedia: en primer lugar, y según el Art. 40 citado, sólo confiere la administración del patrimonio hereditario al comisario en el caso de que el testador no haya dispuesto nada al respecto y, además, no sobreviva cónyuge viudo del comitente; en segundo lugar, el Art. 36 del texto foral obliga al comisario a realizar inventario de los bienes de la herencia en plazo máximo de seis meses desde que, fallecido el comitente, tenga conocimiento de su designación; y, por último, en ninguna parte la Compilación autoriza al comisario para poder disponer de los bienes integrantes de la sucesión.

En lo que concierne al PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA “DELEGACION SUCESORIA”, la Compilación de Vizcaya -una vez más por inspiración de las leyes de Toro, y contra su Derecho

(24) Op. cit. en nota (15) pág. 776.

tradicional- dispone la existencia de un plazo durante el cual el comisario deberá ejercitar su cometido, y transcurrido el mismo sin haber hecho uso totalmente del "poder testatorio", éste se extinguirá (cfr. Arts. 44 y 48). En cuanto a la duración de ese plazo, el texto foral deja, en primer lugar, que sea el propio testador quien lo determine libremente; cuando el comisario sea el cónyuge, "el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere". Y a falta de determinación, el plazo será de un año, contado desde el fallecimiento del testador si los los presuntos herederos son mayores de edad, y en otro caso, desde que éstos alcancen todos la mayoría (no siendo suficiente la emancipación).

Respecto de LA FORMA DE USAR DEL "PODER TESTATORIO", la Compilación dispone que el comisario podrá hacer uso del mismo "en uno o varios actos u otorgamientos" (Art. 45), y "por actos 'inter vivos' o 'mortis causa', a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador" (Art. 46). Y como disposición especial: "El cónyuge sobreviviente podrá hacer uso en su propio testamento del poder testatorio concedido por el premuerto, pero sólo para disponer en favor de los hijos y descendientes comunes. En este último caso, podrá el comisario dar carácter revocable, de una manera expresa, a la disposición realizada en representación de su cónyuge" (Art. 46, 2).

Criterio este último que enlaza directamente con lo dispuesto en el Art. 47 del propio texto foral, el cual, y salvo el supuesto que se acaba de citar, declara IRREVOCABLES LAS DISPOSICIONES DEL COMISARIO. Un precepto excesivamente restrictivo a mi juicio, que puede dar lugar al problema, nada infrecuente, de que después de hacer uso el comisario, una vez, del "poder testatorio", aparezcan bienes del causante que antes no se habían tenido en cuenta. La irrevocabilidad que predica, en general, el texto normativo vizcaino, puede dar lugar a situaciones difíciles de resolver en la práctica e, incluso, a no pocas injusticias entre los herederos, no queridas por nadie. Creo que, en realidad, -y como defenderé para el Derecho aragonés- sería preferible atender a la naturaleza del acto en virtud del cual se ejercita la "delegación sucesoria", declarando irrevocable el que por su esencia lo es, y revocable en otro caso; incluso, admitir que el comisario pueda, en el momento de ejercitar la "delegación", hacer una reserva expresa a favor de la posible revocación de sus actos.

Para concluir los comentarios al Derecho vizcaino, recordar que el Art. 48 de la Compilación enumera las CAUSAS DE EXTINCION DE

LA "DELEGACION SUCESORIA"; una enumeración interesante en lo que puede ser de aplicable al Derecho aragonés:

- 1ª Expiración del plazo;
- 2ª Muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario;
- 3ª Separación, divorcio o nulidad matrimonial "después de otorgado el poder testatorio", cuando se trata de cónyuge-comisario;
- 4ª En caso de que el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial "salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario";
- 5ª Por renuncia;
- 6ª Por incurrir el comisario en indignidad para suceder;
- 7ª Por las causas previstas en el propio poder;
- 8ª Por revocación.

3. DERECHO DE ALAVA

Con respecto a esta provincia vasca también hay que hacer, todavía con más razón, la misma diferenciación que acabo de realizar para la vizcaina, distinguiendo entre su territorio histórico, constituido por el antiguo Condado de Ayala, y el resto de la provincia.

A principios del siglo XIII la parte no ayalesa del territorio alavés se encontraba incorporada a la Corona de Castilla. Consecuencia de ello era la aplicación a la misma del llamado Fuero Real, con aquella amplia regulación del "poder testatorio" que en él se contenía, según antes explicaba.

El Condado de Ayala, por su parte, conoció una legislación civil propia, al promulgar Don Fernán Pérez de Ayala, en el año 1373, un Fuero, que habría de ser posteriormente aumentado o mejorado el 24 de julio de 1469. Sin embargo, los propios ayaleses pidieron un año después, en 1470, que se les otorgaran como propias las leyes de Castilla, salvando exclusivamente el capítulo XXVIII de su particular Fuero, relativo a la libertad de testar. De todo ello cabe concluir que en todo el territorio comprendido en la hoy provincia de Alava, el "testamento por comisario" fue conocido y vivido por sus habitantes,

y ya no sólo en razón a la normativa legal aplicable en cada momento, sino incluso en mérito a las propias costumbres del pueblo alavés.

Tan es así que cuando a la promulgación de la Compilación foral de 1 de julio de 1959, se reguló expresamente el "testamento por comisario" de Vizcaya, y se omitió el relativo a la tierra de Ayala, los juristas vascos hicieron ver el error en que el legislador había incurrido (ya desde la Comisión codificadora de 1900), y trataron de considerar subsistente la institución, en base a la costumbre (25) o a la propia vigencia del antiguo Fuero de Ayala (26), cuyo amplio principio de libertad de testar ampara suficientemente la licitud del allí llamado "usufructo poderoso" (27). Los alegatos doctrinales han dado su fruto, y en la reciente reforma de la Compilación vasca de 1 de julio de 1992 se dedica la sección 2ª, del capítulo II, del Título I, del Libro II, Arts. 140 a 145, a la regulación pormenorizada del "usufructo poderoso". Y por cierto, toda la normativa civil relativa al territorio de Ayala, bajo la rúbrica "Del Fuero de Ayala".

Tras ello, puede afirmarse de Alava lo mismo que más arriba decía de Vizcaya: que la normativa vigente ha venido a consagrar en todo el orden civil en general, y con respecto a la "delegación sucesoria" en particular, la escisión jurídico-territorial de la provincia. Y así, mientras se puede afirmar cabalmente que en el antiguo Condado de Ayala el "usufructo poderoso" se ha aplicado en todo momento, y se sigue aplicando en la actualidad, el resto de la provincia ha sufrido las mismas vicisitudes que el antiguo Reino de Castilla: es decir, la posibilidad legal del "testamento por comisario" desde el siglo XIII, merced a la aplicación allí del Fuero Real, y la desaparición del mismo para el territorio no ayalés a partir de la entrada en vigor en él del Código civil español de 1889 (28).

La nueva regulación de la "delegación sucesoria" en la Tierra de Ayala responde, casi en su totalidad, al concepto que Adrián Celaya daba del "testamento por comisario" para Vizcaya, cuando se planteaba el problema de la administración de los bienes de la herencia entre tanto el comisario ejercitaba sus atribuciones.

(25) Op. cit. en nota (20) pág. 432.

(26) Juan María Uriarte y Lebario, "El Fuero de Ayala". Diputación Foral de Alava, Vitoria, 1974, citado por Celaya Ibarra en op. cit. en nota (20) pág. 433.

(27) Adrián Celaya considera el "usufructo poderoso" ayalés como una institución mezcla de la viudedad universal aragonesa, la lealtad navarra y el poder testatorio vizcaino. Vid. op. cit. en nota (20) pág. 432.

(28) Y también en Alava, con las mismas perspectivas de futuro que en Vizcaya, a partir de la retirada del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra el texto de la vigente Compilación vasca -según explico en la nota (17) anterior-.

En efecto, para empezar el "delegado" ayalés ha de ser, por definición, usufructuario. Con ello esta figura se acerca, como antes decía, al "trust" anglosajón y a todas aquellas en las que el llamado por delegación a la ordenación sucesoria del causante detenta una determinada titularidad sobre los bienes de la sucesión; y no meramente formal, como en la "herencia de confianza", sino substantiva y real.

Como señala Adrián Celaya, "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" (29).

Sin embargo, la moderna legislación civil vasca no ha limitado el "usufructo poderoso" exclusivamente al cónyuge del causante, sino que, con ese sentido ayalés de la amplia libertad de testar, se ha dejado que su constitución pueda realizarse en favor de cualquiera otra persona (aunque, en la práctica, probablemente el mayor número de casos de esta institución se dará entre cónyuges).

El "usufructuario poderoso", además de las atribuciones propias de cualquier usufructuario, tiene "la facultad de disponer a título gratuito, 'inter vivos' o 'mortis causa', de la totalidad o parte de los bienes, en favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo" (Art. 140 de la Compilación vasca).

Y esta disposición de bienes del causante –verdadera "delegación sucesoria" del usufructuario– podrá ser libre entre los hijos y descendientes de aquél, o limitada. A este respecto, dispone el Art. 141 de la Compilación 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". Esa limitación de personas entre las que pueda actuar el "usufructuario poderoso" aparta la institución, en cierta medida, de las "delegaciones sucesorias" puras, para aproximarla más a la figura del "distribuidor de bienes" (propio, en parte, del Derecho de Mallorca y Menorca, como luego se verá).

Por lo que tiene de auténtica "fiducia sucesoria", "el usufructo poderoso es un derecho personalísimo. No podrá ser enajenado ni

(29) Op. cit. en nota (20) pág. 432.

gravado por ningún título, salvo autorización del constituyente" (Art. 142 Comp.).

Por lo mismo, "el usufructuario poderoso no vendrá obligado a prestar fianza, salvo imposición expresa del causante" (Art. 145 Comp.).

Y como usufructuario que es, "todas las reparaciones, gastos, cargas y contribuciones de los bienes objeto del usufructo poderoso serán de cargo del usufructuario mientras no disponga de los mismos" (lógicamente, en uso de la "delegación sucesoria" que se le ha conferido) (Art. 144 Comp.).

Por último, reafirmando el principio de libertad de testar ayalés, y congruente con la esencia y naturaleza de la "delegación sucesoria" que presupone el "usufructo poderoso", el Art. 143 de la Compilación dispone que "se considerarán apartados los legitimarios entre los cuales el usufructuario pueda disponer de los bienes del usufructo poderoso", es decir, la legítima nunca será un obstáculo al libre ejercicio de la delegación conferida al usufructuario quien, salvo limitación expresa del causante, podrá disponer de los bienes de la herencia en la forma y proporción que tenga por conveniente, aunque con dicha disposición, aparente y formalmente, pueda producirse una "lesión" a los derechos de los presuntos herederos forzosos.

Concluye el propio precepto afirmando, con buena lógica, que todo lo dicho se entiende "sin perjuicio del derecho que les pueda corresponder (a los presuntos legitimarios) respecto de aquellos bienes de los que el usufructuario no hubiera dispuesto".

4. DERECHO DE NAVARRA

Probablemente, en Navarra sucede con el "testamento por comisario" algo similar que en Aragón: que su origen histórico y posterior evolución es de base netamente consuetudinaria, y que no encuentra una formulación legal hasta bien entrado el siglo presente, con los movimientos compiladores, y más exactamente hasta su Compilación foral de 1 de marzo de 1973 (hoy modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril).

En su evolución histórica, y al objeto que nos interesa, Navarra pasa por dos etapas bien diferenciadas: la primera, como Reino independiente; la segunda, como territorio incorporado por conquista a la Corona de Castilla.

Durante la primera, desde los albores del siglo XI hasta principios

del XVI, Navarra, como Reino independiente, conoce de una abundante legislación foral, pero con una característica muy singular: la proliferación de fueros municipales, y el arraigo que los mismos tienen entre sus habitantes, impiden la existencia de un Fuero general único, válido para todo el territorio. A diferencia de lo que sucede en otros reinos peninsulares, donde sus respectivos monarcas consiguen, en un momento histórico determinado, la aprobación de ese Fuero general, en Navarra esos intentos fracasan una y otra vez. El primer ensayo de recopilación se debe a Teobaldo I en 1234, dando a luz el llamado Fuero General; le sigue, un siglo después, el Amejoramiento de Don Felipe en 1330; una nueva tentativa tuvo lugar en la reunión de las Cortes en Olite, en 1417, nombrando una comisión que de nuevo amejoraba el Fuero, sin que Carlos III lograra imponerlo en 1418. Como señala al respecto Antequera, "resistieron los pueblos (navarros) esta reforma, porque en ella se alterasen las costumbres establecidas, o porque prefiriesen sus legislaciones locales a verse regidos por una legislación común" (30).

Y ésta es la situación legal de Navarra hasta 1512, año en el que las tropas de los Reyes Católicos invaden el territorio, anexionándolo a la Corona de Castilla.

La ausencia, así, de un Fuero General impide en Navarra la configuración legal de instituciones jurídicas con criterios uniformes para todo el territorio. Las instituciones existen, pero las mismas van naciendo y evolucionando al amparo de la costumbre local. Así debió de suceder también con el "testamento por comisario" o "fiducia sucesoria", figura que debió ser conocida y practicada asiduamente por el pueblo navarro, pero que en ningún momento llegó a tener una determinada formulación normativa.

Tampoco en el periodo histórico siguiente, tras la incorporación del territorio a Castilla. Con respecto a la situación jurídico-civil a partir de este evento, en la ley 33, del título 8, libro 1 de la Novísima Recopilación de Navarra, se lee: "...porque el año de 1513, fué, é incorporado por el Señor Rey Don Fernando de gloriosa memoria à los dichos Reinos de Castilla y Leon... (y) como consta del auto della inserto 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 à los de Leon, y Castilla fuese, quedando salvos, é ilesos todos sus Fueros, Leyes, y costumbres para governarse por ellos".

(30) Op. cit. pág. 372.

De lo que se deduce con toda claridad que durante este segundo periodo histórico, en Navarra no prosperaron las leyes civiles de Castilla que, a la sazón, vienen representadas por las Leyes de Toro de 1505, y posteriormente, por la Novísima Recopilación de 1805. Al parecer, ni uno ni otro texto legal entró a regir en el territorio navarro, que siguió rigiéndose en materia civil por las distintas costumbres locales, hasta la Novísima Recopilación, de 1724-26, obra en la que no aparece definido con precisión el "testamento por comisario".

Este origen y evolución netamente consuetudinarios de la "delegación sucesoria" lo confirma el estudioso navarro Victoriano Lacarra al afirmar que "en Navarra el testamento es un acto personalísimo, pero está admitida la costumbre... , y 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 y otro de la materna, y tercero en discordia nombrado por ellos, para designar heredero entre sus hijos" (31). Contrasta esta interpretación restrictiva de lo que parece fué costumbre ancestral navarra, con lo que, según luego veremos, establece la moderna legislación civil de este territorio histórico. Para Lacarra, la costumbre en torno a la "delegación sucesoria" no pasaba de ser sino una mera facultad de distribuir bienes entre los hijos, concedida solamente entre cónyuges. Ni cabía la posibilidad de concederla a otras personas, ni el "comisario" gozaba de la libertad, propia de otros ordenamientos civiles, de realizar una verdadera "ordenación" de la sucesión del causante.

Por ello, agregaba el propio Lacarra que "esto no tiene semejanza con la facultad de hacer testamento concedida a otro por el testador, porque en la forma ofrece garantías, y en el fondo se determina de antemano que los bienes han de distribuirse precisamente entre los hijos" (32).

A lo más que parece que llegaban las atribuciones del "comisario" era a la posibilidad de revocar el propio testamento, normalmente de hermandad, otorgado con el causante (33), lo cual, evidentemente, parecía contravenir la ley 41 de las Cortes de Navarra de 1765-66, que prohibió de forma expresa que los testamentos de hermandad

(31) Victoriano Lacarra, "Instituciones de Derecho civil navarro", Biblioteca de Derecho Foral, VI, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1965, pág. 318.

(32) Op. cit. pág. 318.

(33) Lacarra, op. cit. pág. 342.

pudieran ser revocados por el cónyuge supérstite, "aún en cuanto a sus propios y privativos bienes" (34). Excepción que resulta de todo punto lógica, como lo es en el Derecho aragonés, según luego veremos, pues lo normal es que, en el propio testamento otorgado mancomunadamente por ambos cónyuges, y donde se conceden mutuamente la "delegación sucesoria" (aunque sólo sea para distribuir los bienes del premuerto entre los hijos), se prevea también la sucesión de ambos para caso de que el cónyuge supérstite no haga uso de la "delegación" concedida. Y si llega a hacer uso de ella, lógicamente, lo hará modificando y alterando esa última previsión sucesoria contenida en el testamento conjunto de ambos consortes.

Precisamente, y como explicaré con detalle al hablar del Derecho aragonés vigente, en la práctica la "fiducia sucesoria" es el mecanismo opuesto a la "correspectividad": por ésta, ambos cónyuges pactan la irrevocabilidad del testamento mancomunado, aún con respecto a los bienes propios del sobreviviente; la fiducia, por el contrario, representa la total y, en su caso, nueva "ordenación sucesoria" respecto de los bienes del premuerto y, normalmente y en muchas ocasiones, también de los bienes propios del fiduciario.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo español entendió en su momento que, para Navarra, la "delegación sucesoria" era una consecuencia natural del principio de libertad de testar. Así, por ejemplo, en Sentencia de 4 de mayo de 1863, el Tribunal se plantea un supuesto de testamento en el que el testador instituye herederos a su esposa y a sus hijos, pero a éstos, colectivamente y no con derecho a una parte o porción igual de la herencia, sino al arbitrio y voluntad de la madre, a quien el causante facultó para que eligiese heredero entre ellos; y, 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 Tribunal Supremo dijo al respecto que "según la ley 16, título XIII, libro 3º de la Novísima Recopilación de Navarra, los padres tienen libertad absoluta de disponer como quisieren de sus bienes... (y) haciendo uso de este derecho en su testamento (Don...) dispuso de sus bienes del modo que tuvo por conveniente, dejando al arbitrio de su mujer... la elección de heredero entre sus hijos... a cual más y a cual menos, o a todos iguales, conforme fuese su voluntad". Y añadía el Alto Tribunal: "Considerando que no ha sido infringida la ley 1ª,

(34) Vid. José Yanguas y Miranda, "Diccionario de los Fueros y Leyes de Navarra", Biblioteca de Derecho Foral, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1956, pág. 224.

titulo III, libro 1º de la Recopilación de Navarra, que ordena que a falta de Fuero y leyes de dicho antiguo reino, se juzgue por el derecho común, que es y se entiende el Romano... las leyes 31 y 33 de Toro sobre comisarios testamentarios, que no son aplicables al caso presente aún cuando se hallase comprendido en sus prescripciones". Y en buena lógica, pues la costumbre en Navarra, de existir y estar vigente, ha prevalecido en todo caso, incluso contra el Derecho escrito (vid. ley 3 de la vigente Compilación de 1 de abril de 1987).

Volviendo, sin embargo, a la cuestión de las limitaciones que parece que, tradicionalmente, tenía la "delegación sucesoria" en Navarra, en un supuesto planteado en el siglo pasado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta en Resolución de 3 de enero de 1892, admite que en una escritura de capitulaciones matrimoniales los padres puedan hacer donación de bienes a su hija, y establecer que en dichos bienes sucedería uno de los hijos habidos del matrimonio de la mencionada hija, "libremente elegido por los padres, y faltando éstos, por el supérstite"; pero llegado el caso, la viuda, "si bien puede elegir sucesora de sus bienes propios en la forma admitida por las leyes y costumbres de Navarra, y aún puede hacerlo en los que sus padres la donaron y de la aportación al matrimonio de su difunto esposo, pues que para ello la autorizaban los pactos consignados en la escritura de capítulos, no se halla en igual caso respecto a los bienes no comprendidos en el pacto sucesorio, como lo eran las conquistas, en las cuales se reservó expresamente la mitad su marido... " Es decir, que los bienes consorciales o matrimoniales no formaban parte de la "delegación sucesoria", a menos que a ellos se hiciera expresa referencia en el documento -capítulos matrimoniales- en el que se concediese y configurase la "delegación sucesoria".

Como vamos a ver a continuación, los modernos legisladores navarros han ampliado notablemente las atribuciones del "fiduciario-comisario", por lo que respecta al Derecho anterior vivido a través de la costumbre, aunque sin llegar, ni mucho menos, como ya he señalado antes para otros ordenamientos civiles, a lo que en Aragón se califica hoy de "ordenar la sucesión". En Navarra, como tendré ocasión de explicar seguidamente, el fiduciario-comisario tiene unas atribuciones circunscritas esencialmente al ámbito patrimonial, y aunque no exactamente, se aproxima más a un mero "distribuidor de bienes" que a un verdadero "fiduciario".

En efecto, aún cuando la ley 281 de la vigente Compilación navarra empieza por afirmar que el fiduciario-comisario puede ser

nombrado, como "delegado" del causante, para caso de fallecer éste "sin haber ordenado de otro modo su sucesión" –términos que podrían hacer pensar en unas muy amplias facultades en favor del fiduciario–, inmediatamente, el propio texto normativo limita la intervención de éste a "las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados"; todas ellas, como antes decía, de carácter estrictamente patrimonial.

Atribuciones limitadas que pueden serlo todavía más en la medida en que el propio causante puede establecer, a su vez, las que considere convenientes ("dentro de los límites establecidos en la delegación", dice literalmente la citada ley navarra).

En otros aspectos de la fiducia, la Compilación es mucho más amplia.

En primer lugar, en lo que concierne a LAS PERSONAS QUE PUEDEN SER NOMBRADAS FIDUCIARIOS-COMISARIOS. Aquí, el texto foral vigente supera a la tradición consuetudinaria que, como antes se veía, no admitía en general más posibilidad que la del nombramiento recíproco entre cónyuges. La misma ley 281 dispone que la fiducia puede ahora "conferirse al cónyuge u otras personas individual, conjunta o subsidiariamente", y "cuando se haya conferido genéricamente a los 'parientes', se entenderá a los Parientes Mayores" (normalmente, un pariente de cada línea, paterna y materna, con preferencia a favor de la proximidad de parentesco y mayor edad, de modo similar a la constitución de la Junta de Parientes aragonesa). Este texto foral navarro habremos de tenerlo muy en cuenta al estudiar el Derecho de la Compilación aragonesa, en donde, como veremos, surgirán dudas a la hora de determinar si solamente el cónyuge, o también cualesquiera otras personas, aunque no sean parientes, pueden ser designados fiduciarios. Como vemos, en la moderna legislación de la Comunidad vecina esa posibilidad es hoy clara y terminante: para cualquier caso y supuesto, se trate de persona casada o no, el causante puede designar fiduciario tanto al cónyuge, cuanto a los parientes e, incluso, a personas ajenas a la familia. Un principio de libertad que, posiblemente, se acomoda más a las variadas circunstancias que la realidad práctica puede ofrecer en cada momento, como tendré ocasión de explicar más adelante.

Flexibilidad normativa la navarra que también se da en lo que concierne a la FORMA DE DESIGNAR FIDUCIARIO-COMISARIO. De manera prácticamente igual a como sucede en el Derecho aragonés vigente, esa designación puede hacerse "por testamento,

capitulaciones u otra escritura pública" (ley 281). Esta última posibilidad –la de cualquier tipo de escritura pública– dará lugar a supuestos fácticos interesantes, como expondré al tratar de la misma cuestión en el Derecho aragonés. Una de ellas viene ya específicamente contemplada en la ley 151 de la Compilación navarra, la cual, después de establecer el principio general de admisión de la "delegación sucesoria" por fiducia y de la "herencia de confianza", dispone, en lo que califica de "poder 'post mortem'", que "el poder otorgado por el causante para después de su muerte será válido en tanto no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como executor de su voluntad, y siempre sin perjuicio del total cumplimiento de la gestión encomendada al apoderado. Este poder quedará revocado por otro posterior, incompatible, y también se presumirá revocado por el testamento válido posterior a no ser que en él aparezca confirmado" (sobre esta materia volveré con detalle más adelante).

Con respecto al testamento, se aprecia una notable diferencia entre el Derecho de Vizcaya y el de Navarra; recordemos que en aquél –con severa crítica por parte de la doctrina vasca– se exige que el testamento sea notarial, lo que no sucede en el Derecho navarro, como tampoco en el aragonés.

LOS CARACTERES especiales de la institución fiduciaria vienen resumidos escuetamente en la ley 282 de la Compilación navarra, al afirmar que "la función de fiduciario-comisario es personalísima". El precepto añade, sin embargo, una idea interesante: "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". Una cuestión que, en la práctica cotidiana, también se ha planteado muchas veces, como veremos, en el Derecho aragonés, y que Navarra la ha resuelto de una manera, a mi juicio, muy correcta: el carácter personalísimo de la función fiduciaria no puede llegar tan lejos que impida al comisario apoderar a otro para la simple ejecución y realización formal de la disposición sucesoria que el mismo realice en representación y por delegación del causante; el contenido substantivo de esa actuación corresponde en exclusiva al fiduciario-comisario, pero su ejecución material puede encomendarla, con poder detallado y preciso, a otra persona. Una posibilidad legal que, en la práctica, puede salvar no pocas situaciones de difícil resolución en otro caso.

La actuación en el supuesto de PLURALIDAD DE FIDUCIARIOS la resuelve la Compilación de Navarra apelando al criterio de la

mayoría. Cuando se trata de parientes, no habiendo acuerdo entre los dos, se procede al nombramiento de un tercero, y a partir de ahí se está a la decisión mayoritaria (cfr. leyes 283 y 145 Comp.).

En materia de CAPACIDAD el texto foral navarro se limita a exigir que el fiduciario sea mayor de edad en el momento de ejercer su función (salvo que se trate del cónyuge, al que sólo se le exige la capacidad para testar) (Ley 284). La Compilación ha venido a resolver aquí un problema que, de ordinario, se plantea en otras legislaciones (recuérdese las dudas de Celaya en torno al Derecho de Vizcaya): el de si puede nombrarse fiduciario a un menor de edad, con tal que sea mayor en un determinado momento, bien el del fallecimiento del causante, bien el del momento de ejercer la fiducia. Pero, aparte de que la Compilación navarra no se plantea otros supuestos de capacidad distintos de la mayoría de edad, con respecto a ésta la solución -como luego explicaré con detalle para el Derecho aragonés- no parece la más correcta: creo, anticipándome a lo que diré más adelante, que si bien debe ser posible nombrar fiduciario a un menor de edad, la exigencia de su mayoría debería producirse en el momento de fallecer el causante; dejarla al momento de ejercer la función fiduciaria puede dar lugar, en algunos casos, a una dilación excesiva de dicha actuación, convirtiendo, además, una cuestión de capacidad, en un problema de aplazamiento (que debe ser, jurídicamente, materia muy distinta).

En orden a la ACTUACION DE LOS FIDUCIARIOS la Compilación navarra se muestra flexible y generosa. En cuanto al contenido, les permite el ejercicio de la fiducia en uno o varios actos (ver ley 285, 2). Y en lo que concierne a la forma dispone que "los fiduciarios deben hacer las designaciones en testamento o en escritura pública"; y, con buena lógica, añade que "en este último caso serán irrevocables" (ley 286), por lo que, a "sensu contrario", las que se efectúen en testamento podrán ser posteriormente modificadas (criterio que he defendido al comentar el precepto equivalente en el Derecho de Vizcaya).

Por lo que respecta a LA ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO HEREDITARIO mientras no se ejercita la fiducia, la Compilación navarra dispone que si los fiduciarios-comisarios son el cónyuge o los ascendientes del causante-comitente, los mismos gozan de las más amplias facultades de administración y disposición respecto de los bienes aún no dispuestos por fiducia. En otro caso, los fiduciarios tendrán al respecto las mismas facultades que los coherederos en la comunidad hereditaria, en general (ley 287).

Por ultimo, en lo relativo a la EXTINCION DE LA FIDUCIA, la Compilación, en lo que concierne a las causas mantiene unos criterios muy similares a los de otras legislaciones civiles que específicamente se han ocupado de la materia (recuérdese al respecto el Art. 48 de la Compilación vasca, antes comentado): fallecimiento, renuncia o imposibilidad del fiduciario, y en los supuestos de cónyuge-comisario, la celebración por parte de éste de nuevo matrimonio, o la separación, nulidad o divorcio por sentencia firme. Y en lo que concierne a los efectos de esa extinción, el texto legal (ley 288) establece un principio que parece bastante acorde con la tradición consuetudinaria navarra: el mayor de los hijos del causante podrá pedir que se le nombre heredero; en otro caso, se abrirá la sucesión legal.

5. DERECHO DE CATALUÑA.

En materia de "delegación sucesoria" Cataluña ha seguido, históricamente, una trayectoria muy similar a Navarra. Como en ésta, la fiducia sucesoria en cuanto tal fué desconocida en el antiguo Condado catalán. Ninguno de los textos legales conocidos se ocupó de ella. Ni el Código de los "usatges", promulgado bajo Ramón Berenguer I en 1068, ni las distintas Recopilaciones de "usatges" y constituciones dadas para los catalanes, ya en plena Corona de Aragón, en 1413 por Fernando I de Aragón, en 1588 por Felipe II de Castilla y en 1704 por Carlos II, recogen en ningún momento la figura del "testamento por comisario" o "poder testatorio".

En cuestiones sucesorias, a los legisladores de Cataluña les preocuparon más otras materias: la forma de hacer testamento, la legítima, la sucesión "ab intestato" o los derechos del cónyuge viudo. Y es que, como dice Pedro Nolasco Vives, "por derecho canónico y civil se halla prohibido el nombramiento de una persona incierta o con dependencia de la libre voluntad de un tercero" (35). Y más precisamente: "En Cataluña... no son conocidos los comisarios testamentarios de que trata el tí. 19, lib. 10 de la novis. , y nada se observa de lo que disponen las leyes de aquel tí. ; siendo desconocidos los poderes especiales de que tratan aquellas leyes" (36).

(35) Pedro Nolasco Vives y Cebriá, "Traducción al castellano de los usages 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.

(36) Op. cit. pág. 198.

Sin embargo, el mismo autor, aparte de defender por la vía de la costumbre la existencia de la figura del "heredero de confianza", con respecto a la fiducia sucesoria señala que "acostumbran muchas veces en Cataluña los maridos conceder a sus consortes la elección de heredero o herederos, lo que se hace de varios modos v. g.: 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 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, etc., explica en seguida el testador qué es lo que quiere que se haga de sus bienes" (37).

De estos pasajes transcritos de la obra del ilustre catalán se desprenden varias cuestiones interesantes:

La primera de ellas, y probablemente la más importante, es que, pese a esa prohibición del Derecho canónico y del civil vigentes en Cataluña, una cierta "delegación sucesoria" sí existió por vía de la costumbre, de modo similar a como sucedió en Aragón y Navarra.

En segundo lugar, que tal delegación estaba estrechamente limitada al cónyuge viudo, siendo al parecer impensable que el testador pudiera encomendar el nombramiento de heredero a persona distinta, ni siquiera pariente.

Una cuestión interesante es que al fiduciario, y con el objeto de ejercer la "delegación sucesoria", eligiendo y designando heredero entre los hijos, se le confería el título de heredero ("nombro heredera a mi mujer..."), aproximando así esta forma fiduciaria a la más clásica catalana del "heredero de confianza".

Y, además, con un nombramiento hereditario de por vida; de lo que cabe fácilmente deducir que la viuda fiduciaria no tenía prefijado un plazo para verificar la elección de heredero, y que cuando la efectuaba, seguía manteniendo la posesión y administración de los bienes de la herencia; de lo que también se colige que esa designación podía realizarla a través de un testamento (su propio testamento, probablemente), que podía modificar en cualquier momento.

Otra cuestión importante era el hecho de que, con toda probabilidad, en la mente de los testadores que así actuaban, estaba presente el evitar, en todo caso, la apertura de la sucesión intestada. Por ello, como dice el autor catalán antes citado, tras el nombramiento

(37) Op. cit. pág. 198.

de fiduciario a la mujer, el testador establecía un orden sucesorio para su patrimonio, para caso de que la viuda llegara a fallecer sin haber hecho el nombramiento o elección de heredero.

Por fin, parece que la facultad de elegir heredero se encontraba en las costumbres y en la práctica catalanas muy limitada, pues el cónyuge viudo sólo podía ejercitarla entre los hijos comunes. Fontanella así lo reclamaba tajantemente (38). Y aún otros autores catalanes todavía la limitaban más: por ejemplo, Tristany y Gibert opinaban que cuando el testador, tras nombrar fiduciario a su cónyuge, establecía una previsión sucesoria determinada, ello significaba que la viuda fiduciaria no podía apartarse de estas disposiciones de su cónyuge premuerto; que aún con facultad fiduciaria, no podía alterar la voluntad del causante, a no ser "que la comisión y facultad de elegir se hubiera concedido no simplemente sino por palabras muy amplias y significativas de una entera libre voluntad", con fórmulas tales como "como él quisiere, según que fuere de su agrado, según que le pareciere, a su gusto o a gusto de su voluntad" (39). De lo que se deduce que, según estos autores, salvo previsión expresa del testador, el fiduciario no pasaba de ser, en la práctica, sino un mero distribuidor de los bienes o un executor testamentario sometido a las instrucciones o disposiciones dadas por el causante. Una vez más, con ello se tendía a aproximar esta forma de "delegación sucesoria" a la clásica "herencia de confianza", en la que el heredero cumple estrictamente las instrucciones del testador; con la diferencia de que en esta última institución, las instrucciones son reservadas, mientras que en la fiducia sucesoria constan de forma expresa en el propio testamento del comitente.

Toda una serie de criterios tradicionales que encuentran hoy su reflejo normativo en el vigente Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por ley 40/91, de 30 de diciembre, del Parlamento autónomo catalán. Un texto legal en el que, sin embargo, el moderno legislador autonómico no ha sabido sustraerse a una cierta ampliación de su tradicional "delegación sucesoria", de modo similar a como han hecho la mayor parte de los antiguos territorios forales a través de la reforma de sus respectivas Compilaciones.

La más importante de esas ampliaciones hace referencia a las PERSONAS QUE PUEDEN SER DESIGNADAS FIDUCIARIOS. Así,

(38) Op. cit. pág. 198.

(39) Citados por Pedro Nolasco en op. cit. pág. 199.

mientras en el Derecho anterior sólo podía serlo el cónyuge, en el actual también pueden recibir la delegación sucesoria los dos parientes más próximos (lo que representa, sin lugar a dudas, un importante acercamiento del moderno Derecho catalán al de otros territorios forales, especialmente, Navarra y Aragón). Esos parientes, "sin individualizarlos" en el nombramiento, habrán de ser consanguíneos, de uno u otro sexo, pertenecientes uno a la línea paterna, y el otro a la materna, y dentro de cada una de ellas, el más próximo en relación con los hijos o descendientes, y con preferencia el de más edad (cfr. Arts. 148 y 149 del Código de Sucesiones de Cataluña).

Ahora bien, pese a esa aproximación de la fiducia catalana con la de otros territorios de Derecho civil propio en lo que concierne a los elementos personales, entre una y otras legislaciones existen notables diferencias, especialmente, en lo relativo a las facultades que tienen los fiduciarios, y la forma de ejercitarlas.

Así, la primera gran diferencia se va a poner de manifiesto en el propio CONTENIDO DE LA FIDUCIA. El Código catalán vigente, manteniendo substancialmente el carácter restrictivo que históricamente tenía la fiducia sucesoria en Cataluña, todavía la limita hoy más cuando va a ser ejercida por los parientes. Mientras para el cónyuge viudo el Art. 148 distingue entre "elegir" heredero y "distribuir" los bienes hereditarios entre los "hijos y descendientes", para los parientes el Art. 149 habla solamente de "instituir heredero" a uno de los "hijos" del causante. Diferencia doble e importante. En primer lugar, el cónyuge viudo puede verificar la institución "en las partes iguales o desiguales" que estime conveniente; por tanto, nombrando un solo heredero, o distribuyendo la herencia entre todos los hijos y descendientes, o parte de ellos; por el contrario, los parientes sólo podrán "instituir heredero a aquél de entre sus hijos (del causante) que elijan", lo que les priva de poder realizar ningún tipo de distribución, debiendo limitar su actuación a solamente la elección de un heredero (véase la aproximación de este criterio legal al previsto en el Art. 114 de la Compilación aragonesa, regulador del supuesto de ordenación de la sucesión de la casa a favor de heredero único). En segundo lugar, el cónyuge viudo puede verificar sus actuaciones fiduciarias "entre los hijos y sus descendientes aunque viva su ascendiente", es decir, actuando solamente dentro del primer grado de descendientes (hijos del causante) o, incluso, dentro de los grados siguientes (nietos, bisnietos), "per saltum"; mientras que los parientes deben ceñir su

actuación, estrictamente, al primer grado vivo de descendientes, es decir, a los hijos del causante o a los "descendientes del hijo premuerto".

Pero, como vemos, al igual que sucedía en el Derecho consuetudinario histórico, el fiduciario catalán, tanto sea el cónyuge viudo, cuanto los parientes del causante, tiene unas facultades muy limitadas, en la medida en que sus actuaciones deben circunscribirse, exclusivamente, a los descendientes del causante, sin poder hacer extensiva su actuación a otras personas, parientes o no del fallecido (igual que sucede en la facultad de distribuir y mejorar del Art. 831 del Código civil).

En cuanto a la FORMA DE EJERCITAR LA FIDUCIA, el Código catalán contiene algunas normas de interés en las que, por cierto, vuelve a mostrar las diferencias entre una y otra clase de fiduciarios, el cónyuge viudo y los parientes.

Para el viudo, y al parecer, ante la duda doctrinal suscitada en torno al tema, deja bien claro que "la elección o distribución deberá efectuarse expresando que se hace uso de tal facultad, salvo que así resulte claramente de la propia distribución o elección". Criterio, como se ve, contrario al que en otros tiempos defendía Fontanella.

Dentro de los mismos aspectos formales, el cónyuge viudo puede hacer uso de la fiducia "en testamento, heredamiento o escritura pública", y, lógicamente, "en estos dos últimos casos será irrevocable". Los parientes, por el contrario, deberán realizar la elección "necesariamente en escritura pública y no en testamento", y, también lógicamente, "será irrevocable", aunque la misma podrá reiterarse "siempre que el elegido no quiera o no pueda ser heredero".

También en temas formales, mientras que para el cónyuge viudo nada especial se prevé en el Código catalán al respecto, para los parientes dispone que éstos "efectuarán la elección personalmente"; de lo que bien a las claras se deduce la prohibición que para ellos existe de actuar por medio de apoderado o mandatario, ni siquiera con poderes especiales y específicos.

En lo concerniente a la ADMINISTRACION DE LA HERENCIA durante el período de pendenencia de la fiducia, el Art. 148 del Código de Cataluña dispone que "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". Un texto que se asemeja al Art. 40 de la vigente Compilación vasca, en lo concerniente al "testamento

por comisario" vizcaino; pero que, a mi juicio, resulta inferior a éste y a la ley 287 del Amejoramiento del Fuero de Navarra, en la medida en que el vigente precepto catalán deja sin resolver el supuesto de falta de previsión del causante e inexistencia de cónyuge viudo (en estos casos, en los otros textos forales se defiere la administración del patrimonio hereditario al comisario o fiduciario).

Más avanzado, sin embargo, resulta el Código catalán en lo que concierne a las atribuciones del cónyuge viudo para la gestión del patrimonio hereditario, sobre el cual tendrá "plenas facultades dispositivas... para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados"; además de poder, con dichos actos dispositivos, "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"; en todo caso, "con las limitaciones establecidas por el testador". Un precepto, como digo, muy avanzado, que merecerá la pena tener en cuenta al tratar de estas mismas cuestiones en la fiducia aragonesa.

La PLURALIDAD DE FIDUCIARIOS -es decir, la de los dos parientes más próximos- la contempla el Código catalán solamente para resolver las posibles divergencias entre ellos, en la toma de sus decisiones. Cuando tal ocurra, los parientes podrán designar un tercero (que parece habrá de ser también pariente), a favor de quien delegarán "la elección entre los hijos o descendientes que hayan designado" los parientes nombrados por el causante. Un arbitraje, pues, muy limitado, ya que el tercero en discordia sólo puede pronunciarse por la elección de uno de los dos herederos elegidos por los parientes, pero no decidir la elección a favor de un tercero.

Para el cónyuge fiduciario la ley catalana no prevé ningún PLAZO PARA LA EJECUCION DE LA FIDUCIA. Resulta ello coherente con los criterios consuetudinarios tradicionales, en los que se entendía que el causante, y para elegir sucesor en su patrimonio hereditario, nombraba heredero a su cónyuge, de por vida. Sin embargo, si los fiduciarios son parientes, la norma vigente les marca un plazo para la efectividad de su elección que, en principio, será el que haya determinado el propio causante; en su defecto, el plazo será de cinco años, contados desde el fallecimiento del comitente, transcurrido el cual sin haber efectuado la elección, "cualquier interesado en la sucesión podrá requerir a los parientes electores que la hagan en los seis meses siguientes al requerimiento", plazo éste que, a petición de los parientes, podrá ser prorrogado por la Autoridad Judicial.

La EXTINCION DE LA FIDUCIA sólo la contempla la ley catalana en los supuestos de fallecimiento o renuncia del cónyuge fiduciario. Para estos casos dispone que, de ser posible, se aplicará lo preceptuado en el Art. 149, es decir, la elección por dos parientes; y si ello no procede, "la herencia será deferida a los hijos por partes iguales, y entrarán en lugar del difunto sus descendientes por estirpes"; a falta de hijos y descendientes, los demás herederos del difunto "sólo podrán reclamar la legítima que les habría correspondido". Nada dice el texto catalán de la apertura de la sucesión intestada, pero parece lógico pensar que la misma se dará en todo supuesto en el que no sea posible la elección o distribución por parte de los fiduciarios.

Por fin, una cuestión importante atinente a la NATURALEZA DE LA FIDUCIA. El Art. 148 del Código catalán comienza afirmando: "El cónyuge podrá instituir heredero al descendiente que su consorte sobreviviente elija". Y para los fiduciarios parientes, el Art. 149, en términos prácticamente iguales, dice: "El testador podrá instituir heredero a aquél de entre sus hijos que elijan los dos parientes más próximos". Dos expresiones que hablan bien a las claras de la adhesión del legislador catalán a las más modernas teorías en torno a la naturaleza jurídica de la "delegación sucesoria", teorías que consideran a ésta como un supuesto característico de sustitución o de integración de una voluntad —la del causante— por otra —la del fiduciario—. De ello me ocuparé con detalle en la segunda parte de esta obra, al tratar de la naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria aragonesa.

6. DERECHO DE MALLORCA Y MENORCA

En la Comunidad de las Islas Baleares, al igual que sucede en el País Vasco, a efectos de la "delegación sucesoria" es preciso distinguir entre los diferentes territorios que la integran, pues su regulación, al menos en la época actual, difiere notablemente entre Mallorca y Menorca de una parte, y las llamadas Pitiusas (Ibiza y Formentera) de otra.

Con respecto a las primeras, las Islas Mayores, la doctrina es unánime al considerar la institución como de origen netamente consuetudinario (40). Verger Garau considera que la misma surgía en

(40) Vid. Juan Verger Garau, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T. XXXI, vol. 1º, Madrid, 1980, pág. 338.

la práctica "sobre todo cuando se trataba de responder adecuadamente a las exigencias de la familia en el orden sucesorio, aunque fuese a costa de quebrantar los moldes rígidos de la ley escrita en cuanto ésta no respondía debidamente a dichas necesidades" (41). Y este mismo autor atribuye a la figura del "heredero distribuidor" balear, en general, una influencia clara del Derecho romano justineano, que fué "el Derecho propio de las Islas", y sobre el que se construyó la institución en gran parte (42).

El Derecho actual viene constituido para Mallorca y Menorca por los Arts. 18 a 23 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares que, en esta materia, y como la mayor parte de los Derechos civiles territoriales españoles, ha experimentado una reforma importante con el texto actual aprobado por ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlamento Autónomo, respecto del anterior de 1961. Como vamos a ver seguidamente, los nuevos preceptos compilados han supuesto una ampliación considerable de la materia, al mismo tiempo que, también como en otros ordenamientos, se ha tratado de perfilar la figura con un mayor tecnicismo jurídico.

Lo primero que llama la atención de este "heredero distribuidor" es que su título de tal va unido, indisolublemente y en todo caso, con el de heredero o el de legatario de usufructo universal. Conforme al Art. 18 de la Compilación balear, "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..." El citado autor balear Verger Garau considera que se trata de una singularidad del Derecho de las islas, ya que en el resto de los ordenamientos civiles españoles "la persona facultada para realizar la elección de heredero o distribución de la herencia no es necesario que sea a la vez heredero o sucesor, por regla general, sino que puede ser un tercero sin más, a quien por el causante se le atribuyan dichas facultades" (43). Esta afirmación que, desde el punto de vista meramente normativo, podía ser cierta en 1980, cuando el autor escribía esas palabras, no lo es hoy a partir de la nueva Compilación vasca de 1992, al introducir para la Tierra de Ayala la figura del "usufructo poderoso", en los términos que

(41) Op. cit. pág. 338.

(42) Op. cit. pág. 340.

(43) Op. cit. pág. 345.

explicaba más arriba. También aquí la "delegación sucesoria" va unida a un título real sobre los bienes de la herencia, en este caso, el usufructo.

Esta singularidad foral no debe inducir a confundir la figura en cuestión con el "heredero de confianza", institución en la que el título hereditario no tiene más que un valor puramente formal, y no substantivo. En el "heredero distribuidor" balear o en el "usufructo poderoso" ayalés la "delegación sucesoria" está concebida como un "plus" otorgado al instituido heredero o usufructuario de los bienes de la herencia y, como señala el propio Verger Garau, su similitud, dentro de la dificultad que entraña el tratar de encasillar estas figuras en los moldes jurídicos tradicionales, lo es más con la sustitución fideicomisaria (44). Y, desde luego, se asemeja más a la institución de confianza romana calificada hoy como de sustitución fideicomisaria con facultad de elección o distribución (vid. D. 31, 1, 67 transcrito en el capítulo I de esta PARTE PRIMERA de la obra), también conocida en los modernos Derechos navarro y catalán (vid. ley 236 de la Compilación navarra y Arts. 201 y 202 del Código de Sucesiones de Cataluña, respectivamente). La propia Compilación balear parece alinearse hoy con este criterio al disponer en su citado Art. 18 que en la distribución o elección, en ningún caso podrán sobrepasarse "los límites señalados para las sustituciones fideicomisarias".

Con respecto a los CARACTERES DEL CARGO, en su primera edición de 1961 la Compilación balear nada decía al respecto. Tuvo que ser la jurisprudencia y la doctrina la que determinaran algo tan importante como es que las atribuciones del "heredero distribuidor" son personalísimas. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1977, en la que, además, se apuntaba, aunque tímidamente, algo importante: que si bien las facultades de elección y distribución son personalísimas, no tiene por qué serlo la concreta y simple ejecución material de lo dispuesto por el testador. Hoy la solución a esta cuestión viene dada por la propia Compilación vigente: su Art. 19 dispone que "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". Verger Garau basa la naturaleza personalísima del cargo en un doble argumento: uno, de carácter general, y por tanto, válido según entiendo para todo supuesto de "delegación sucesoria", cual es el propio fundamento fiduciario o de confianza de la institución, "la que

(44) Op. cit. págs. 356 y ss.

mueve al testador a conceder dichas facultades a una determinada persona y sólo a ella"; otro, específico del "heredero distribuidor" balear, en el hecho mismo de que el fiduciario sea, al mismo tiempo, heredero del causante, pues "no puede el testador autorizar a su heredero distribuidor para que a su vez delegue en otras personas el ejercicio de las facultades de elección o distribución" (45), pues ambos títulos, el de heredero y el de distribuidor, son indisociables en los términos que plantea la Compilación balear.

En lo que concierne al CONTENIDO DE LA "DELEGACION SUCESORIA", el Derecho balear, dentro de los límites inherentes a la figura del "heredero distribuidor", es mucho más amplio que su más próximo, el Derecho catalán. Igual que en Cataluña, en las islas de Mallorca y Menorca, el "delegado" debe actuar dentro de los límites patrimoniales que representa la elección de heredero o, aún menos, la distribución de los bienes de la herencia, y en ambos casos con pleno respeto a las legítimas. Su contenido, sin embargo, es más amplio que en Cataluña: en primer lugar, el "heredero distribuidor" tendrá ambas facultades, la de elección y la de distribución, "salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a uno solo de ellas" (Art. 18, 2 Comp.) (recuérdese que en el Derecho de Cataluña sólo el cónyuge viudo puede tener ambas atribuciones, en tanto que los parientes sólo la de instituir heredero a uno de los hijos, cfr. Arts. 148 y 149 Código de Sucesiones de Cataluña); además, en el Derecho de las Islas, el "heredero distribuidor" puede verificar la elección o la distribución entre cualesquiera parientes del causante, o incluso, suyos propios, dentro, eso sí, del grupo designado, colectiva o individualmente, por el propio testador (mientras que en el Derecho catalán tales atribuciones sólo pueden ejercitarse con respecto a los hijos y descendientes del causante).

También es más flexible el Derecho de Mallorca y Menorca en lo referente a las PERSONAS QUE PUEDEN SER DESIGNADAS para ejercer de "heredero distribuidor". La amplitud terminológica con que se pronuncia el Art. 18 de la Compilación —"encomendar al instituido heredero"— hace afirmar a Verger Garau que "cualquier persona que tenga capacidad para ser nombrado heredero puede ser, en principio, instituido heredero distribuidor" (46).

En lo concerniente a la ACTUACION DEL "HEREDERO DISTRIBUIDOR", la Compilación de Baleares vigente, superando con

(45) Op. cit. pág. 372.

(46) Op. cit. pág. 387.

mucho a su primera edición de 1961, contiene una serie de interesantes disposiciones, todas ellas en la línea de las modernas reformas forales en España.

En primer lugar, el Art. 19 determina 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". Con ello, el texto legal vigente viene a zanjar una vieja discusión doctrinal y jurisprudencial existente en las Islas en esta materia (47).

En la misma línea, dispone también el precepto que la elección o distribución "realizadas por acto de última voluntad serán revocables; no así las instrumentadas en acto inter vivos, que necesariamente se formalizarán en escritura pública".

En el caso de "heredero distribuidor" no se plantean problemas importantes en lo concerniente a LA ADMINISTRACION DE LA HERENCIA, pues como determina la propia Compilación balear en su Art. 23, "el distribuidor tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como heredero fiduciario". Por tanto, sus facultades de administración de los bienes hereditarios serán las propias de un heredero, en propiedad o en usufructo, de acuerdo con el nombramiento hecho por el causante. En cambio, como fiduciario que es, con obligación de restitución de unos bienes a favor de los fideicomisarios, sus facultades de disposición, salvo en el caso de fideicomiso de residuo, quedarán estrechamente limitadas, en los propios términos que una sustitución fideicomisaria ordinaria.

La Compilación de Baleares no establece una relación de las causas de EXTINCION DEL CARGO DE "HEREDERO DISTRIBUIDOR". Solamente, en dos de sus preceptos alude a los efectos y consecuencias derivadas de dejar sin efectuar la elección o distribución (Art. 20), y de la premoriencia del distribuidor al causante (Art. 22). Ello, unido a la posibilidad -que contempla el Art. 19- de que el testador haya impuesto un plazo al heredero para el ejercicio de la "delegación sucesoria", hace que pueda afirmarse que la Compilación balear prevé, como causas de extinción del cargo de "heredero distribuidor" las siguientes: cumplimiento del plazo impuesto por el testador, premoriencia del distribuidor o fallecimiento posterior de éste sin haber hecho uso de sus atribuciones; quizás también, la renuncia al cargo, la remoción

(47) Vid. Verger Garau, op. cit. págs. 422 y ss.

efectuado por el propio testador y la renuncia del propio distribuidor a su cualidad de heredero o legatario (48).

7. DERECHO DE IBIZA Y FORMENTERA

Tradicionalmente, en las Pitiusas –islas de Ibiza y Formentera– la doctrina se debate a la hora de precisar el origen de su específica “delegación sucesoria”. Frente a los catalanistas, que quieren ver en la “fiducia sucesoria” una clara ascendencia catalana, concretamente del Pirineo leridano, la moderna civilística de las islas insiste en el carácter propio y netamente consuetudinario de la figura (49). Quizás tenga razón Cerdá Gimeno cuando, al constatar la presencia de similares figuras de “delegación sucesoria” en gran parte de los Derechos forales o civiles territoriales españoles, concluye afirmando que, para todos ellos, no se puede descartar “un probable tronco o raíz común altomedieval o anclada en los usos del Derecho romano-vulgar o de alguna práctica visigótica (donatio ‘post obitum’)” (50).

En cualquier caso, y en lo que concierne a la legislación moderna, también en la Pitiusas, y de forma similar a la mayor parte de los ordenamientos civiles españoles, se ha producido una importante variación entre el primer texto de Compilación (en este caso, el de 19 de abril de 1961), y el reformado tras la promulgación de la Constitución española de 1978 (el autonómico de 14 de agosto de 1990). Aunque, a decir verdad, en el caso de estas Islas, de una manera más tímida que en otras legislaciones territoriales.

En la actualidad regula la materia el Art. 71 del texto compilado vigente, sustituyendo al 77 del texto anterior.

A mi juicio, la modificación y avance más importante se ha producido en el propio CONTENIDO DE LA FIDUCIA. En la Compilación anterior la delegación sucesoria pitiusa consistía solamente en la “distribución de los bienes” del testador (muy próxima, y al mismo tiempo más limitada, que la fiducia catalana y que el propio “heredero distribuidor” de Mallorca y Menorca). En la actualidad, las atribuciones conferidas al fiduciario le permiten “ordenar la sucesión” del causante; un concepto éste, a mi juicio, muy amplio, que permite, como en el Derecho aragonés (que, por cierto, utiliza de antiguo igual expresión), sobrepasar con mucho lo que en

(48) Vid. Verger Garau, op. cit. págs. 440 y 441.

(49) Vid. José Cerdá Gimeno, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Edersa, T. XXXI, vol. 2º, Madrid, 1981, págs. 384 y 385.

(50) Op. cit. pág. 385.

otros ordenamientos civiles son meras facultades patrimoniales del fiduciario (según he reiterado en páginas anteriores), para entrar en el campo de lo personal, incluso íntimo, del testador. Me extenderé sobre ello al tratar en concreto de la "fiducia sucesoria" aragonesa.

Sin embargo, y quizás por mantener la más estricta pureza de las tradiciones pitiusas, no se ha atrevido el legislador autonómico actual a ampliar, como han hecho otros ordenamientos civiles españoles, el campo de las PERSONAS QUE PUEDEN SER NOMBRADAS FIDUCIARIOS, quedándose, como el texto compilado anterior, solamente en el cónyuge viudo.

Alguna mejora se ha realizado en materia de ACTUACION DEL FIDUCIARIO, pues aunque en el aspecto substantivo se sigue atribuyendo la fiducia para ejercerla solamente entre los descendientes comunes de comitente y fiduciario, en el orden formal se prevé que "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 actos inter vivos será irrevocable".

Pero con ello concluye la legislación de Ibiza y Formentera en esta materia. Nada se contiene en ella respecto de esas otras cuestiones a las que venimos aludiendo, como importantes, a lo largo de estas páginas, y contempladas, con más o menos acierto y extensión, en otras legislaciones territoriales: la capacidad para ser fiduciario, los caracteres de la institución, los problemas de la gestión del patrimonio hereditario o las causas de extinción de la fiducia y sus efectos y consecuencias.

PARTE SEGUNDA

La fiducia en el Derecho aragonés



CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1. LA FIDUCIA EN EL DERECHO DE LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS.

Tan parco como el Derecho navarro lo fue en esta materia el histórico ordenamiento aragonés de los Fueros y Observancias. A lo largo de todos los siglos de su existencia no se encuentra en este Derecho ni una sola norma positiva que haga referencia a la hoy llamada en Aragón "fiducia sucesoria".

Con grandes esfuerzos, los muy escasos autores que se han ocupado hasta ahora de la materia apuntan al Fuero 1º "De donationibus", de la Compilación de Huesca de 1247, como la única posible referencia legislativa al respecto. En dicho Fuero se lee literalmente: "Vir defuncta uxore, vel uxor defuncto viro, non potest dare separatim donum, et perfectum alteri filiorum: nisi inter eos cum simul viverent de hoc faciendo cum fidantiis, et testibus factum fuerit instrumentum, potest tamen licitè si habeat divisum cum filiis". Es decir, que admite la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda hacer donación a alguno de los hijos solamente si así lo pactaron, en vida, ambos cónyuges. Se trata, por supuesto, de bienes conyugales o de los que pertenecieron al consorte premuerto.

Alonso Lambán, con referencia a este texto foral, decía que "evidentemente no es un propio testamento por comisario, pero recordemos: que en esta época es rara la institución de heredero; que el testamento se usa por lo general para disponer sólo de cosas ciertas, y en definitiva, que en Aragón no se siguen las reglas romanas férreas sobre tal sucesión" (51). Y concluía: Sabemos, al menos, que

(51) Mariano Alonso Lambán, "Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa", Revista Jurídica de Cataluña, mayo-agosto de 1961, pág. 537.

los Fueros aragoneses dejan abierta la posibilidad de que una persona al disponer sobre ciertos bienes lo haga por sí, y también por otro; actuando una voluntad propia y ajena" (52).

"De todo ello se deduce -dice Latorre- que el origen de la institución es totalmente consuetudinario, nacida al amparo del 'standum est chartae', y que su desarrollo se produce en tiempos recientes" (53).

Sin embargo, la jurisprudencia del siglo pasado, tanto de la Audiencia Territorial de Zaragoza, cuanto del Tribunal Supremo, sin olvidar el posible aspecto consuetudinario de la institución, trató de enraizarla también en las propias observancias. Particular interés tiene al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1882, la cual justifica la existencia y validez del testamento por comisario en las Observancias 6ª "De confesis", y 16 "De fide instrumentorum", conforme a las cuales "los contrayentes pueden pactar en sus capitulaciones matrimoniales cuanto les plazca, siempre que no se oponga al derecho natural, o sea de realización imposible"; con cuyo argumento convalidaba la previsión, hecha en capítulos matrimoniales, de la ordenación sucesoria por medio de comisarios, en aquel caso, concretamente, los dos parientes más próximos. Pero la propia sentencia añade que "conforme al Fuero único "Ei quae dominus rex", y al privilegio general otorgado por el Rey D. 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 en su consecuencia, que si por aquellas disposiciones (las Observancias citadas) no estuviera legitimada la validez de la referida cláusula de los capítulos matrimoniales... lo estaría por ésta, según la constante e inmemorial costumbre".

Ciertamente, así ha debido ser. Yo creo que el "testamento por comisario" o "fiducia sucesoria" fué una institución popular conocida, desde tiempos remotos, en todos los reinos peninsulares. Y si alguno de ellos, como fué Castilla, la reguló de forma expresa en sus textos normativos, probablemente fuera debido más que otra cosa al intento de salvarla de la corriente jurídica contraria que representaba el Derecho romano en su recepción medieval. Pero en aquellos territorios, como Aragón y Navarra, donde la influencia romana no se dejó apenas sentir, la figura en cuestión no necesitaba de protección legal alguna; vivía al

(52) Op. cit. págs. 536 y 537.

(53) Emilio Latorre y Martínez de Baroja, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Edersa, Madrid, 1987, T. XXXIV, vol. 1º, pág. 277.

margen y con independencia de las normas positivas, como institución enraizada en el sentimiento popular y en la práctica cotidiana.

Que eso era así en Aragón trató de demostrarlo Alonso Lambán sacando a la luz tres casos concretos de "testamento por comisario". El más antiguo se remonta al año 1153 y trata del encargo que una persona hace a otra, en peligro de muerte, para que disponga de sus bienes según la voluntad de la "mandataria", aprobando dicha ordenación como propia y mandando a sus hijos que la tengan como tal testamento. El segundo data del año 1178, y se refiere a un supuesto en el que un albacea afirma documentalmente que su causante, al hacerle el encargo de entregar sucesoriamente sus bienes le dejó en libertad "ad suo destinamento et posuit in manu mea ad obitum suum ut facere me secundum voluntatem meam". El tercer supuesto corresponde al año 1244, y hace referencia a un testamento en el que el causante afirma: "Et dimito xxx solidos, quos volo et mando quod completores mei testamenti dividant illos pro mea anima, ubi melius pro bono viderint" (54).

Entre los autores clásicos Portolés, Molino y Sesé admitían la práctica del testamento por comisario en Aragón, y citaban supuestos en los que habían encontrado reflejo documental de la institución (55). Según estos autores, en Aragón se puede testar por comisario desde el momento en 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 especial y al que no puede ni debe faltarse en lo más mínimo (56).

Desde luego, en el siglo pasado la cuestión era pacífica, como lo demuestra la reiterada jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo, resolviendo distintos supuestos de testamento por comisario (ver, entre otras, SSATZ de 25 de abril de 1861, 30 de marzo de 1871, 9 de julio de 1880, 21 de diciembre de 1887 y 27 de octubre de 1897, y SSTS de 14 de enero de 1862, 28 de junio de 1864, 24 de marzo de 1865, 23 de octubre de 1866, 30 de enero de 1882 y la antes citada de 30 de diciembre de 1882).

En este momento histórico tuvo particular importancia la celebración en Zaragoza, en 1881, del Congreso de Jurisconsultos aragoneses. Por lo que concierne a la institución que nos ocupa, entre sus conclusiones, en el Capítulo IV dedicado a las Sucesiones, en el

(54) Op. cit. págs. 538 a 540.

(55) Citados por Alonso Lambán en op. cit. págs. 540 a 543.

(56) Vid. Nicolás S. de Otto, "Derecho foral", Edit. Bosch, Barcelona, 1945, pág. 429.

tema V se formula la pregunta "Qué facultades y derechos podrá conceder a su cónyuge el testador a quien sobreviven hijos". Y como conclusiones que interesan al respecto, se acordaron las siguientes:

"1ª Debe condenarse por antiforal... la práctica seguida por algunos testadores que, teniendo hijos, instituyen heredero al cónyuge, siquiera tal institución sea hecha con obligación de distribuir a su muerte los bienes entre los hijos.

"2ª Debe sostenerse la 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".

En ambas conclusiones se está tratando de las dos típicas figuras incluídas en las llamadas "instituciones de confianza": de una parte, la "herencia de confianza" (propia hoy de los Derechos navarro, catalán, mallorquín y menorquín), y de otra, el "testamento por comisario" o "fiducia sucesoria" (regulados hoy, de una manera u otra, con más o menos amplitud, en la práctica totalidad de los ordenamientos civiles españoles, como ha podido comprobarse en la PARTE PRIMERA de esta obra). El Congreso rechazó, por "antiforal", la primera, y admitió la segunda.

Nótese, sin embargo, el carácter tan limitado con que la fiducia sucesoria es admitida por los juristas aragoneses en el citado Congreso: la misma sólo puede conferirse a favor del cónyuge, y éste solamente puede ejercitarla en beneficio de los hijos (se supone que comunes). Sin embargo, en aquel tiempo no parece que fuera tan estrecha y limitada la práctica aragonesa en esta materia. Con respecto a la exigencia de que la fiducia sólo se otorgara a favor del cónyuge, señala Alonso Lambán que los autores aragoneses clásicos —y cita entre ellos, especialmente, a Molino y Sessé— "admitían la extensión del poder testamentario a favor de personas distintas del consorte del 'de cuius', incluso no parientes del mismo" (57). El mismo criterio manifestaban inmediatamente antes de la celebración del Congreso de 1881 otros autores como Franco y Guillén (58) y Dieste (59). Incluso, después de la celebración del Congreso, tratadistas como Otto Escudero (60) y Blas (61) seguían admitiendo la posibilidad de otorgar fiducia a favor de persona distinta del

(57) Op. cit. pág. 542.

(58) "Instituciones de Derecho civil aragonés", Zaragoza, 1841, pág. 191.

(59) Manuel Dieste y Jiménez, "Diccionario del Derecho civil aragonés", Madrid, 1869, págs. 579 y 580.

(60) Nicolás S. de Otto Escudero, "Elementos de Derecho civil aragonés", Barbastro, 1924, págs. 140 y ss.

(61) Andrés Blas y Melendo, "Derecho aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el Derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo", Zaragoza, 1898, págs. 294 y 295.

cónyuge(62). En cualquier caso, para las dos instituciones que contempla, la "herencia de confianza" y la "fiducia sucesoria, el Congreso de Jurisconsultos reconoce que se trata de figuras consuetudinarias, no amparadas por norma legal alguna. Así se desprende de la expresión "práctica aragonesa" que las conclusiones emplean, y del hecho de que éstas no hagan referencia a Fuero alguno como, sin embargo, sucede en otros casos.

2. LA REGULACION EN EL APENDICE FORAL DE 1925.

Y así se llega a la publicación del Apéndice Foral de 1925. Para su elaboración se tuvieron en cuenta una serie de Proyectos previos que conviene recordar en lo que concierne al tema que nos ocupa, para comprender mejor la evolución normativa experimentada por esta materia, hasta llegar a la Compilación vigente.

El primero de ellos fue el llamado "Proyecto Franco", publicado en 1886. La fiducia era tratada en él en su Art. 117 (a), conforme al cual "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 constituyen la legítima de éstos. Esta delegación no sólo puede hacerse en testamento, sino consignarse también en la capitulación matrimonial y en cualquiera otro acto entre vivos, pero sólo para el caso de que no estableciera otra cosa en disposición testamentaria que posteriormente otorgare." (63).

Como puede apreciarse, un proyecto que amplía considerablemente las conclusiones del Congreso de 1881 en lo que concierne a las personas que pueden ser fiduciarios. Su autor se aparta del estrecho molde que presupone la idea del cónyuge viudo fiduciario, para aceptar que los parientes del testador, y aún personas extrañas a la familia puedan ordenar fiduciariamente su sucesión hereditaria. Sin embargo, toda la flexibilidad que el proyecto muestra en esta materia se convierte en estrecha limitación en lo que concierne a las personas que pueden ser beneficiarias de la fiducia: ésta sólo se concibe para el reparto de la legítima entre los descendientes; deja así fuera toda posibilidad de sucesión fiduciaria de personas no casadas

(62) Con ello, estos autores no hacían sino confirmar una práctica habitual en Aragón, como lo demuestra la abundante jurisprudencia dictada por los tribunales aragoneses con anterioridad a 1925.

(63) Luis Franco y López, "Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer. Escrita según R. D. de 2 de febrero de 1880", Zaragoza, 1886.

o de casadas sin hijos; y no admite que el comisario intervenga en la asignación de la parte de libre disposición de la herencia.

De ello se debió apercibir enseguida el autor, pues en su segundo Proyecto, manteniendo la redacción del primero, añade, ahora en el Art. 99: "Podrá también (el testador) en caso de no tener descendientes, facultar a la persona delegada para nombrar heredero a cualquier otro pariente o extraño" (64).

Un criterio éste que, sin embargo, no se mantuvo en el siguiente trabajo preparatorio, el "Proyecto Ripollés", cuyo Art. 59 disponía que "el ascendiente está autorizado para 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 inter vivos y será siempre revocable" (65).

Sin embargo, y ello conviene resaltarlo, también en este proyecto, aunque igualmente limitada la fiducia para beneficiar sucesoriamente a los hijos y descendientes del causante, se admite que el comisario sea persona distinta del cónyuge, parientes o incluso extraños.

En el "Proyecto Gil Berges" el Art. 260 disponía: "Puede en Aragón un cónyuge encomendar al otro, solo 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 el heredero o los 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 éstas sean mayores de veinte años, la ordenación y regulación de sus sucesiones con las cláusulas que estimen conveniente y no resulten imposibles o contrarias al Derecho natural" (66).

Huelga todo comentario a este proyecto, sin duda alguna, el más amplio y flexible sobre la materia. Únicamente, hacer notar que, por primera vez, se empieza a utilizar, con respecto a la fiducia, la

(64) Luis Franco y López, "Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al Gobierno de S. M. en 1880 con arreglo a lo dispuesto en el R. D. de 2 de febrero del propio año", Zaragoza, 1893.

(65) Mariano Ripollés y Baranda, "Apéndice primero al Código civil general. Proyecto de Código civil de Aragón", Zaragoza, 1899.

(66) Joaquín Gil Berges, "Proyecto de ley en el cual se contiene 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", Zaragoza, 1904.

expresión "ordenar y regular la sucesión", y no meramente asignar legítimas o distribuir bienes.

Este trabajo influyó, sin duda alguna, en el definitivo Proyecto de Apéndice, publicado por la Gaceta de Madrid el día 2 de marzo de 1924. Su Art. 29 disponía, de forma muy parecida, que "un cónyuge puede encomendar al otro, solo o asistido de determinados parientes, y aún puede cualquiera testador encomendar a sus parientes o a extraños, que ordenen y regulen a modo de fiduciarios comisarios, su sucesión universal, elijan el heredero o los herederos y distribuyan los bienes, ora libremente, sin otras cortapisas que los derechos atribuidos con carácter forzoso por la ley, ora dentro de la extensión o el tiempo que el otorgante determine, de modo que no sea imposible ni contrario al Derecho natural. Los dichos encargos, y también los actos que ocurran en cumplimiento de ellos, habrán de constar en escritura pública".

Lamentablemente, no fue este el texto que pasó a constituir el Art. 29 del Apéndice Foral. En su tránsito por el Parlamento nacional, el Proyecto sufrió un serio recorte en lo concerniente a una de las materias más importantes en relación con la fiducia: a saber, las personas que pueden encomendar por ella su sucesión hereditaria y las que, correlativamente, pueden ser designadas fiduciarios. El texto foral de 1925 limitó la institución a las personas casadas, eliminando toda posibilidad de utilización de la fiducia por los solteros, los viudos y los separados. E igualmente, restringió el nombramiento de fiduciario a solamente el cónyuge, "solo o con asistencia de determinados parientes"; ni siquiera éstos podían actuar por sí en lo que hoy se denomina "fiducia colectiva".

Alonso Lambán trataba de explicar estas limitaciones de la ley con las siguientes palabras: "Que existiendo esposo sobreviviente se prescindiera de él en la fiducia, no habiendo descendientes del mismo podía ser normal; que ocurriera ello caso de existir descendientes resultaba un tanto anómalo, casi injusto. Sin duda fue esto lo que el legislador se propuso evitar y no halló otro medio más cómodo que suprimir el inciso cuestionado (el "y aún puede cualquier testador" del Proyecto), con lo cual se empeoró notablemente la regulación" (67).

Resultan, sin embargo, muy interesantes los esfuerzos que este autor hacía, interpretando el transcrito Art. 29 del Apéndice, para

(67) "Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa" cit. , pág. 551.

demostrar que, pese a su limitada regulación de la fiducia, ésta también debería poder ser utilizada por los aragoneses no casados, y que el Cuaderno foral había supuesto en este punto un notable retroceso con relación al Derecho anterior. A este respecto decía el autor: "¿Se redujo la fiducia en el genuino Derecho aragonés —es decir, en el anterior al Cuaderno de 1926— a solos los cónyuges? La respuesta debe ser rotundamente: no" (68).

Sin embargo, frente a estas limitaciones apuntadas, sorprende que el Apéndice no exigiera, paralelamente, la constitución de la fiducia sólo en beneficio de los hijos y descendientes del comitente; el texto legal omite toda referencia a esta cuestión, de lo que cabe deducir que las personas casadas también podían ordenar fiduciariamente su sucesión, libremente, aunque no tuvieran descendientes; o, teniéndolos, con respecto al tercio de libre disposición de sus bienes.

3. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA COMPILACION DE 1967.

Al igual que el Apéndice, la Compilación del Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967 se basó, para su redacción definitiva, en una serie de trabajos previos, nacidos de la Comisión de juristas aragoneses nombrada por Orden de 15 de junio de 1935, y reorganizada, tras la guerra civil, por Decreto de 23 de mayo de 1947.

La Comisión, tras una débil andadura, nombró un Seminario de juristas, al que encomendó la labor de redactar el primer borrador de Anteproyecto de Compilación (69). Presentado el trabajo ante la Comisión en 1961, ésta procedió a su publicación y divulgación al año siguiente; y, con las sugerencias recibidas de los distintos sectores jurídicos aragoneses, elevó, en 1963, su definitivo Anteproyecto a la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Dentro de ésta se formó, a su vez, una Sección Especial, a la que se le dió el

(68) *Idem.*

(69) Sancho Rebullida explicaba el origen de este Seminario. Sus palabras son muy elocuentes: "La Comisión de juristas aragoneses encargada de redactar el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, comenzó con entusiasmo su tarea. Pero pronto se advirtió la existencia de serias dificultades. Procedían, a mi modo de ver, de las siguientes circunstancias: En primer lugar la Orden ministerial, al designar sus componentes por referencia a Organismos radicados en las tres Provincias aragonesas ocasionó que alguno de estos organismos propusiera a juristas en quienes no concurría la formación y dedicación foral que la encomienda precisaba. En segundo lugar, otros vocales de la Comisión eran designados atendiendo a su prestigio profesional jurídico, pero este prestigio generalmente se adquiere con el transcurso del tiempo y con una dedicación profesional intensa, absorbente, pero incompatible con el tiempo y el sosiego precisos para este menester. Como muchas veces sucede la idoneidad no iba acompañada, en muchos casos, de posi-

encargo de revisar el Anteproyecto de la Comisión aragonesa, y remitir a la General su dictamen al respecto. La Sección elaboró un primer Anteproyecto en julio de 1965, y, tras su revisión, en mayo de 1966 remitió al Pleno de la Comisión General su Anteproyecto definitivo. Con base en éste, la Comisión aprobó el Anteproyecto de Compilación que, aceptado por el Gobierno de la Nación, se remitió a las Cortes Españolas como proyecto de ley.

En esta materia de la fiducia, como en tantas otras instituciones aragonesas, el largo proceso de elaboración del texto compilado supuso importantes alteraciones de los planteamientos iniciales del Seminario y de la Comisión aragonesa, dando como resultado un conjunto de normas que no siempre responden a la esencia y tradición de la institución correspondiente; en definitiva, un Cuerpo legal muy empeorado, a mi juicio, con relación a los trabajos preparatorios.

Un breve resumen de los principales aspectos de la fiducia sucesoria explicará mejor lo que acabo de afirmar.

La primera variación importante se produjo en torno a las personas que, en Aragón, pueden ordenar su sucesión hereditaria a través de fiducia. El Seminario, retomando los planteamientos que, con respecto al Apéndice de 1925, hacía Alonso Lambán (miembro que fué del Seminario), admitía que "todo causante puede nombrar uno o varios fiduciarios-comisarios que regulen su sucesión" (Art. 51); por tanto, no sólo las personas casadas, sino también las solteras y viudas (en 1961, año de elaboración del borrador, el divorcio no estaba permitido en la legislación española). El mismo criterio aperturista mantuvo la Comisión aragonesa en sus dos Anteproyectos de 1962 (Art. 52) y 1963 (Art. 48), con una precisión importante que a los miembros del Seminario se les pasó por alto: la no obligatoriedad de nombrar fiduciario al cónyuge en caso de separación. El cambio substancial vino de la mano de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, la cual, en sus Anteproyectos de 1965 (Art. 98) y 1966 (Art. 110) parece querer limitar la constitución de fiducia

bilidad material de dedicación continuada a este trabajo. En tercer lugar, la diferente residencia de los vocales hacía más problemático el trabajo de conjunto. Por último, en el seno de la Comisión había concepciones diametralmente opuestas en cuanto a lo que aquélla debía realizar; todas las opiniones eran absolutamente respetables y su contraste podía ser luminoso en cuanto al 'sí' o el 'no' del Derecho foral y en cuanto al 'máximo' o al 'mínimo'... ; pero para una labor positiva, articular un Anteproyecto, tales divergencias resultaban enervantes. Entonces —continúa— surgió la feliz idea del Seminario" (Francisco de Asís Sancho Rebullida, "Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón", Anuario de Derecho Aragonés, T. XIII, 1965-67, págs. 295 y 296).

exclusivamente a las personas casadas: "Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro..."

Siguiendo con los aspectos personales de la fiducia, en el trabajo del Seminario, como se acaba de ver, el causante podía nombrar fiduciario-comisario a cualquier persona, una o varias, y solamente "teniendo hijos de su cónyuge, no podrá excluir a éste de la fiducia" (Art. 51). La Comisión aragonesa aceptó por completo el criterio del Seminario. El cambio vino en este punto, una vez más, en los trabajos de la Comisión General de Codificación: en la expresión utilizada en sus Anteproyectos, "cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro", quedaba claro su criterio de no admitir más nombramiento de fiduciario individual que el hecho a favor del propio cónyuge.

En relación con ello, en materia de lo que hoy se llama "fiducia colectiva", ni el texto del Seminario, ni los de la Comisión aragonesa planteaban problema alguno: con arreglo a ellos, el causante podía designar a varios fiduciarios para actuar conjuntamente, con la única particularidad ya dicha (sólo en los Anteproyectos de la Comisión) de que en ese colectivo debía participar el cónyuge viudo cuando sobreviviesen hijos de su matrimonio con el comitente, y salvo caso de separación. El primer Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación vino a complicar y restringir la cuestión, con un evidente retroceso a los planteamientos del Apéndice de 1925: según su Art. 98. 2, el nombramiento de fiduciario al cónyuge podía efectuarse para que éste actuase solo "o con asistencia de determinados parientes... (en función) meramente asesora". La complicación y restricción todavía fué mayor en el siguiente Anteproyecto, el de 1966, al distinguir, como ahora hace la Compilación, entre la fiducia a favor del cónyuge y la llamada "fiducia colectiva", destinada, al parecer exclusivamente, a efectos de la institución de heredero único ("para ordenar la sucesión de la Casa a favor de descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado", Art. 114).

Un tercer aspecto importante en lo relativo a los elementos personales de la fiducia es el que concierne a las personas que, mediante ella, pueden ser favorecidas en la sucesión del comitente. En el Anteproyecto del Seminario, y dados los términos amplios con que fué redactado su Art. 51, estaba claro que se admitía la posibilidad de fiducia para todo tipo de sucesión hereditaria, y cualesquiera que fueran los beneficiarios (indudablemente, con pleno respeto a la legítima colectiva cuando existieran descendientes del comitente). Aquí la limitación vino ya impuesta por la Comisión

aragonesa, la cual dispuso que la fiducia sólo podía estar constituida para ordenar y regular la sucesión del comitente "entre sus descendientes y parientes consanguíneos dentro del cuarto grado" (respectivos Arts. 52 y 48); con arreglo a este criterio, parece que ya no sería posible en Aragón ordenar la sucesión por fiducia para favorecer a personas extrañas a la familia, ni en todo, ni en parte. Esta modificación fué aceptada de buen grado por la Comisión General de Codificación y su Sección Especial.

También en materia de forma, el paso del Anteproyecto aragonés por la Comisión General de Codificación empeoró, a mi juicio, los planteamientos aragoneses. Quizás, el único aspecto positivo debido a esta fue el regular el tipo de documento válido para la constitución de la fiducia, pues mientras el Seminario y la Comisión aragonesa olvidaron tratar esta cuestión, la Comisión General dispuso, como obligatorios, el testamento o la escritura pública (Arts. 99 y 111 de los respectivos Anteproyectos de 1965 y 1966). En materia de ejecución de fiducia, los trabajos aragoneses preveían que el fiduciario actuara mediante documento público 'inter vivos', salvo cuando el comisario fuera el cónyuge viudo, que también podría hacerlo por testamento; preveían, además, que en caso de fiducia colectiva con participación del cónyuge, se pudiera dar carácter revocable a las disposiciones en ejecución de fiducia, hasta el momento del fallecimiento del viudo (Art. 54 del Anteproyecto del Seminario, y 55 y 51 de los de la Comisión, de 1962 y 1963, respectivamente). La Sección Especial, en su primer Anteproyecto, todavía con evidente coherencia con respecto a sus propios planteamientos, disponía también que la actuación fiduciaria podía realizarse en testamento o escritura pública, declarando revocable el primero, e irrevocable la segunda (recuérdese que en este Anteproyecto sólo podía ser fiduciario el cónyuge, solo o asistido de parientes, y que cuando éstos actuaban, solamente tenían una función "meramente asesora").

La verdadera complicación se produjo en el Anteproyecto siguiente de 1966: en él, después de considerar como único fiduciario al cónyuge (Art. 110), mantiene el criterio de que la ejecución de fiducia podrá realizarla en "testamento o escritura pública" (Art. 111. 1); sin embargo, al dedicar un capítulo especial a la "fiducia colectiva" (la de los dos parientes para el nombramiento de heredero único de la Casa), en él ya nada dice sobre la forma de actuar de éstos, ni siquiera cuando del colectivo fiduciario forme parte el cónyuge viudo; sin lugar a dudas, una importante omisión, y un no menos importante retroceso con relación a los planteamientos de los trabajos aragoneses.

No entro ahora en otras cuestiones atinentes a la materia, probablemente de menor interés, porque, además, al tratar de cada una de ellas en los capítulos siguientes, tendré que hacer referencia, inevitablemente, a los trabajos preparatorios de la Compilación. Baste lo dicho para intentar demostrar las dificultades con que el intérprete puede encontrarse, a cada paso, al pretender aplicar la normativa del texto compilado vigente.

CAPITULO II

NATURALEZA, CONTENIDO Y CARACTERES DE LA FIDUCIA

1. TEORIAS EN TORNO A LA "DELEGACION SUCESORIA".

La moderna civilística trata hoy de explicar un fenómeno que, durante siglos, ha sido práctica habitual en gran parte de los territorios que integran ahora el Estado español.

El punto de partida suele estar en la afirmación general que el Art. 670 del Código civil hace de que "el testamento es un acto personalísimo", y la subsiguiente prohibición de que "no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario." A partir de esta afirmación legal, los autores han tratado de explicar la fiducia sucesoria, en sus distintas variantes y modalidades, acudiendo a la distinción entre el "personalismo formal" y el "personalismo material" en la confección del testamento de una persona. El primero alude al hecho mismo de la elaboración material del testamento; el segundo, a la determinación de su contenido.

Yo creo que estas disquisiciones deben considerarse hoy ya superadas. En primer lugar, porque la fiducia no siempre supone, ni en su constitución o configuración, ni en su ejecución, la existencia de un testamento; el comitente suele poder nombrar comisario en documento entre vivos, y el fiduciario, igualmente realizar los actos fiduciarios en cualquier tipo de instrumento público, "inter vivos" o "mortis causa". Y en segundo lugar, porque aún cuando ambos actos, constitución y realización de la fiducia, consten en testamento (cuando ello sea posible, que no siempre lo es con respecto al fiduciario), nadie discute la existencia, formalmente al menos, de dos instrumentos públicos distintos, el del comitente y el del fiduciario.

Yo creo que la "delegación sucesoria" no se opone, en modo alguno, a esa general prohibición del Código civil, de que el testamento no puede dejarse en su formación al arbitrio de un tercero; ni el comitente contará en el otorgamiento del suyo con el fiduciario que designa, ni éste, en el que luego otorgue en ejecución de la fiducia, con persona alguna.

El problema es otro: la "delegación sucesoria" comporta la realización, por una persona distinta del causante, de una serie de actuaciones sucesorias -más o menos amplias o más o menos limitadas- que, en circunstancias normales, hubiera realizado el comitente. Este, por distintas razones que luego explicaré, puede preferir que sea otra persona las que las efectúe por él; un tercero, así, que incide de forma importante, con sus decisiones, en las disposiciones sucesorias del comitente, afectando, consecuentemente, a un patrimonio que le es ajeno.

Y éste es el fenómeno, según creo, que hoy tratan de explicar los distintos autores que se han acercado a esta materia, y, en menor medida, la jurisprudencia de los Tribunales en las pocas ocasiones en que éstos han abordado la cuestión.

Las teorías más habituales al respecto pueden resumirse en las siguientes:

A) Teoría de la representación.

Podría calificarse a ésta de teoría clásica. Se sustenta en la idea de que la "delegación sucesoria" está basada en una suerte de autorización o poder dado por el causante a un tercero para que éste, en nombre de aquél, efectúe la ordenación sucesoria o, al menos, la distribución de todo o parte de los bienes hereditarios del poderdante.

Un claro exponente de esta teoría era Sánchez Román, quien definía el testamento por comisario como "el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra (comitente), en virtud de poder que al efecto ésta le confería" (70).

Y en parecido sentido, Manresa: "los testamentos llamados por 'comisario'... eran los otorgados por persona distinta del testador, en virtud de poder conferido al mismo con dicho objeto" (71).

(70) Felipe Sanchez Román, "Estudios de Derecho civil", T. VI, vol. I, Madrid, 1910, pág. 313.

(71) José María Manresa y Navarro, "Comentarios al Código civil español", T. V, Edit. Reus, Madrid, 1972, pág. 553.

La idea del poder tuvo sus raíces históricas en el Derecho de Castilla, en el que, según más arriba explicaba, el llamado Fuero Real, de 1254, en su ley 7^a, del título V, del libro III, hablaba expresamente de dar poder a otro "si alguno no quiere o no pudiere por sí ordenar la manda que ficriere de sus cosas". Y en Vizcaya, el Fuero Viejo, de 1452, regulaba la materia en un título rubricado "De los testamentos fechos por poder".

Expresiones que han trascendido a los modernos textos legislativos. Así, en la Compilación vasca, y para el Derecho de Vizcaya, todavía se sigue hablando de "poder testatorio" y de "testamento por comisario" para encuadrar y definir su característica figura de "delegación sucesoria". El término "comisario", de uso tradicional en varios ordenamientos civiles (especialmente, vizcaino, navarro y aragonés) conlleva claramente la idea de apoderamiento y de representación; el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española afirma del "comisario" que es "el que tiene poder y facultad de otro para ejecutar alguna orden o entender en algún negocio". Y cuando define el "testamento por comisario" dice de él que es "el que, según derecho antiguo, otorgaba una persona especialmente apoderada para ello por el testador"; y añade: "aún subsiste en algunas legislaciones forales".

Pero también en la vigente Compilación de Navarra, además de llamar al receptor de las facultades que atribuye la "delegación sucesoria", fiduciario-comisario, en su ley 151 incluye en el concepto genérico de "fiducia sucesoria" el llamado "poder 'post mortem'", declarando válido "el poder otorgado por el causante para después de su muerte... en tanto no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como executor de su voluntad... "

En otro lugar de esta obra explico, al comentar el Art. 111 de la Compilación aragonesa, que la posibilidad que ésta otorga a los aragoneses para constituir la fiducia sucesoria mediante cualquier tipo de escritura pública "inter vivos", da pie a la posible existencia de poderes que, una vez fallecido el poderdante, sigan teniendo vigencia y eficacia, si de las disposiciones contenidas en ellos puede inferirse con toda certeza que su otorgante ha querido darles trascendencia "post mortem", es decir, para que el apoderado siga actuando, en nombre del poderdante, aún después de fallecido éste.

No es de extrañar, por tanto, que la idea del poder y de la representación esté presente en quienes tratan de calificar jurídicamente las distintas figuras de "delegación sucesoria". Así, Adrián Celaya sigue hablando, para Vizcaya y Aragón, de "los

podere para testar", y atribuye al comisario o fiduciario la cualidad de "delegado para testar" (72).

Sin embargo, Asúa González encuentra una quiebra en esta formulación teórica consistente en el hecho de que mientras en el apoderamiento se produce una actuación en nombre de otro, en la "delegación sucesoria" lo que hay realmente es una disposición de bienes ajenos, pero actuando el fiduciario en nombre propio (73).

B) Teoría del negocio jurídico "per relationem".

En ella se parte de la tesis de que la disposición "mortis causa" de los bienes hereditarios no la realiza el fiduciario, sino el propio causante-comitente. Se estaría entonces en presencia de un negocio jurídico "per relationem", es decir, de un negocio -la disposición sucesoria de los bienes- ya formado en el documento que configura la fiducia, pero cuyo contenido íntegro o alguno de sus elementos estarían por determinar, y su determinación se realizaría mediante la "relatio", o sea, a través de la remisión a un elemento ajeno al mismo, en este caso, el propio sujeto disponente, es decir, el fiduciario.

Esta teoría ha sido desarrollada por la civilística italiana, a propósito de la interpretación del Art. 631 del Codice Civile, (similar al Art. 671 del Código civil español), conforme al cual "é valida la disposizione a titolo particolare in favore di persona da scegliersi dall'onerato o da un terzo tra più persone determinate dal testatore..."

Asúa González critica esta teoría en base a que en la misma se parte de la tesis, ya dicha, de que el negocio jurídico de disposición "mortis causa" de los bienes ya existe desde el momento en que el testador nombra al fiduciario, y de que éste no realiza una verdadera actividad comercial, sino que se limita a fijar el contenido o alguno de los elementos de aquel único negocio otorgado por el causante (74).

C) Teoría de la titularidad de disposición.

Precisamente, tomando como base esta crítica, la citada autora defiende la idea de que en la "delegación sucesoria" lo que existe,

(72) "El testamento por comisario", Anuario de Derecho Civil, 1972, pág. 737.

(73) Op. cit. págs. 50 y 52. Vid también, de la misma autora, "Dos temas de reflexión en torno al 'testamento por comisario' de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco", en Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 895.

(74) Op. cit. págs. 128 y ss.

realmente, es un supuesto en el que una persona no propietaria de unos bienes (aquellos sobre los que actúa en fiducia) goza de una titularidad de disposición sobre los mismos. Se adhiere así a la tesis defendida en España por Roca Sastre, y en Italia por Santoro Passarelli (75).

Se trataría del "desglose subjetivo" del dominio, al permitir que una de sus facultades principales -el poder de disposición- sea ejercida por persona distinta del propietario. Lo cual, evidentemente, es posible, y supuestos importantes existen en el ordenamiento jurídico español; recuérdese, por ejemplo, el Art. 639 del Código civil (la donación con reserva de la facultad de disposición por parte del donante), o el Art. 102 de la Compilación aragonesa (en la institución contractual de heredero, los instituyentes pueden reservarse la facultad de disposición de los bienes objeto de la institución (76)).

De esta teoría parece participar también la Dirección General de los Registros y del Notariado. En su Resolución de 11 de marzo de 1929, al plantearse las cuestiones suscitadas en torno a un supuesto de fiducia sucesoria aragonesa, afirma que "la facultad concedida (a la fiduciaria)... es la que corresponde a un órgano de disposición".

D) Teoría de la voluntad integradora.

Ha sido defendida en Cataluña por Puig Ferriol al comentar el antiguo Art. 115 de la Compilación catalana (prácticamente, reproducido hoy en el Art. 149 del Código de Sucesiones de Catalunya). Decía entonces este autor que "el encargo fiduciario consiste en atribuir al cónyuge sobreviviente la facultad de completar de alguna manera el testamento otorgado por el premuerto en orden a la determinación del heredero o la distribución de la herencia entre las personas preventivamente instituidas por el testador" (77). Y más adelante añade que las instituciones fiduciarias "presuponen la intervención de un tercero en el proceso sucesorio con el fin de integrar la voluntad testamentaria que deliberadamente se expresó de una forma incompleta" (78). Y vuelve a insistir en la cuestión cuando afirma que "el cónyuge designado por el testador para que actúe este encargo fiduciario, tiene el carácter de sustituto del premuerto en

(75) Op. cit. págs. 128 y ss.

(76) Vid. mis comentarios a dicho artículo en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T. XXXIV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1987, págs. 200 y ss.

(77) Luis Puig Ferriol, "Comentarios...", T. XXVIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 254.

(78) Op. cit. pág. 254.

orden a la determinación del heredero o la distribución de la herencia... La misión encomendada al fiduciario tiene pues un marcado carácter subsidiario, toda vez que sólo cuando el testador haya fallecido sin designar la persona del sucesor o sin haber distribuído la herencia entre sus sucesores, podrá el cónyuge obreviviente integrar la voluntad del testador en cuanto a estos extremos" (79).

Parece que este mismo criterio es el que adoptan Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida al afirmar que "el testamento en que se nombra comisario o distribuidor 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" (80).

En definitiva, pues, con arreglo a esta teoría la "delegación sucesoria" sería un negocio jurídico "mortis causa" único y completo, al que para su definitiva eficacia le faltaría la actuación de una voluntad ajena, pero no como realizadora de un negocio jurídico distinto, sino como auxiliar o integradora de la verdadera voluntad negocial que es la del comitente.

De alguna manera es la postura que también defiende Asúa González cuando afirma que en la "delegación sucesoria" lo que realmente existe es un único negocio jurídico en cuya formación participan dos voluntades humanas, la del comitente y la del comisario o fiduciario; que éste no se limita a ser el elemento subjetivo de una "relatio", sino que su actividad es propiamente negocial, viniendo a completar con ella la propia actividad negocial del causante (81).

E) Teoría de la subrogación personal o subjetiva.

Aparece tímida y escuetamente formulada en la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 6 de abril de 1954. se trataba de un supuesto de "fiducia colectiva" aragonesa, en virtud de la cual varios parientes son llamados por unos cónyuges para ordenar su sucesión hereditaria. En un momento determinado, la sentencia dice que el supuesto "se trata de unos fiduciarios comisarios que se subrogan en la personalidad de los mandantes para hacer la

(79) Op. cit. pág. 255.

(80) José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, "Derecho de Sucesiones", Librería Bosch, Barcelona, 1981, pág. 376.

(81) Op. cit. págs. 130 y ss.

institución de heredero y distribución de herencia, conforme a las amplias facultades que les concedieron”.

No he vuelto a ver repetida esta teoría, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina, pese al valor que, a mi juicio, representa, como tendré ocasión de señalar seguidamente.

2. MI POSICION AL RESPECTO. NATURALEZA JURIDICA DE LA FIDUCIA ARAGONESA.

Antes de pasar a explicar mi posicionamiento personal en torno a la naturaleza y esencia de la fiducia sucesoria aragonesa, permítaseme unas consideraciones previas.

La primera de ellas hace referencia al propio análisis de la naturaleza jurídica de las instituciones civiles, y al valor y sentido práctico del mismo. En mi opinión, en la búsqueda de la esencia de cualquier institución jurídica, el intérprete debe realizar un doble proceso racional, inductivo y deductivo.

Por el primero, ha de tratar de hallar los elementos básicos que configuran a la institución, y para ello, según creo, ha de partir de una doble realidad: normativa y práctica.

La primera viene constituída, lógicamente, por las propias normas positivas que, en un momento determinado, regulan la institución; a través de ellas, el jurista debe averiguar qué ha querido el legislador cuando ha normado la figura de que se trate de una manera determinada, y no de otra; en este momento del proceso juegan un papel importante los antecedentes legislativos sobre la materia, y la variación que, respecto de ellos, pueda ofrecer la normativa vigente.

Pero, simultáneamente, el analista debe prestar la máxima atención a la realidad práctica del momento histórico actual, a cómo se aplica la ley, tanto por los ciudadanos llamados a ser sus destinatarios naturales, cuanto por los tribunales en su cotidiana interpretación de la norma legal. Porque sucede con frecuencia que esta realidad se halla desconectada de la norma positiva concreta, sobre todo, cuando ésta ha sido dictada en un momento socio-económico-político distinto del actual, o cuando la norma trata de imponer una serie de criterios y soluciones que el ciudadano no acepta. Precisamente, la “delegación sucesoria” en general, y la fiducia aragonesa en particular, ofrecen claros ejemplos de lo que acabo de decir: como he explicado en la PARTE PRIMERA de esta

obra, las distintas modalidades de "delegación sucesoria" nacen, históricamente, en un claro proceso de actuación popular primero "contra legem", y más adelante, "praeter legem"; y por lo que concierne a la fiducia, como se irá viendo a lo largo de las páginas siguientes, su configuración normativa actual, además de no responder a los principios básicos en los que, tradicionalmente, se inspiraba la institución, procede de una época -1967- en la que la sociedad aragonesa se cimentaba sobre unos principios determinados, muchos de los cuales han sido superados y sobrepasados en el momento actual, por mor de los acontecimientos políticos, jurídicos y económicos acaecidos desde entonces (más de un cuarto de siglo transcurrido desde la promulgación de la vigente Compilación aragonesa es, en la España actual, un tiempo excesivamente prolongado como para pensar en la pervivencia de unas normas positivas tal como fueron concebidas en su día).

Pues bien, partiendo de la norma positiva, tamizada por la práctica y la realidad social del momento, es como creo que el intérprete debe tratar de definir la naturaleza jurídica de la institución.

Para ello, unas veces servirán los "moldes jurídicos" largamente acuñados por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales; otras, será preciso abrir nuevos caminos y arriesgar nuevas formulaciones jurídicas más acordes con la realidad socio-jurídica del momento presente.

Un segundo orden de consideraciones hace referencia al hecho de la existencia en España de una serie de ordenamientos jurídicos diversos, en la mayor parte de los cuales la "delegación sucesoria" encuentra una específica regulación normativa (normalmente, actualizada en virtud de la actuación legislativa de los respectivos Parlamentos Autónomos), a mi juicio, con unas profundas diferencias de conceptualización de unos a otros de tales ordenamientos.

Yo creo que cuando los distintos autores citados en el epígrafe anterior tratan de definir la naturaleza jurídica de la "delegación sucesoria", incurren en el error de pretender hacerlo de una manera unívoca, ofreciendo una misma y única interpretación para todas las distintas modalidades de la institución. Y creo que eso es un error por cuanto, como ya he expuesto y volveré a hacer seguidamente, las diferencias existentes entre unas y otras son lo suficientemente importantes como para no poder hablar de una sola y misma naturaleza jurídica para todas ellas.

Además, tampoco me parece que de cada modalidad de "delegación sucesoria" pueda predicarse una sola de las características que fundamentan cada una de las teorías anteriormente expuestas. En muchos casos, cada una de estas teorías no hacen sino definir la institución desde un ángulo visual determinado; es como si se pretendiera dar un concepto de la luna a partir solamente de la visión que de ella tenemos los terráqueos, y en un momento determinado de su proceso evolutivo.

Para tratar de demostrar cuanto acabo de decir, seguidamente haré de nuevo un repaso de los criterios legales fundamentales por los que se rige la institución en cada uno de los ordenamientos civiles españoles que la contemplan.

La normativa que, a mi juicio, menos se acomoda con ninguna de las teorías expuestas es la correspondiente al Derecho de Mallorca y Menorca. Recuérdese que en la vigente Compilación de Baleares, su Art. 18 configura las facultades de elección y/o distribución en que consiste allí su particular "delegación sucesoria", a partir del nombramiento como heredero del llamado a ejercerlas. Un llamamiento hereditario que no es meramente formal, como en la "herencia de confianza", sino plenamente sustantivo. El llamado "heredero distribuidor" es un verdadero heredero, que adquiere la titularidad de los bienes del comitente, trayendo causa directa de él, pero con la limitación de asignarlos y distribuirlos entre determinadas personas. Su posición jurídica es, pues, como dice expresamente el Art. 23 de la Compilación balear, la de un "heredero fiduciario"; y la figura se encuentra totalmente próxima a la clásica sustitución fideicomisaria.

Algo similar cabe decir del "usufructo poderoso" de la Tierra de Ayala (cfr. Art. 140 y ss. de la Compilación vasca).

Explicaba en el epígrafe anterior que la teoría de la voluntad integradora ha sido defendida en Cataluña, y para el fiduciario catalán, por Luis Puig Ferriol. Conforme a dicha teoría el verdadero negocio sucesorio es el que realiza el comitente, no siendo el fiduciario más que un mero auxiliar, encargado de integrar, con su voluntad, la expresada de forma incompleta por aquél. Esta teoría es absolutamente coherente con la propia definición legal que el vigente Código de Sucesiones de Catalunya da de la figura en cuestión. Recuérdese que sus Arts. 148 y 149 comienzan afirmando, respectivamente, que "el cónyuge podrá instituir heredero al descendiente que su consorte sobreviviente elija" y que "el testador

podrá instituir heredero a aquél de entre sus hijos que elijan los dos parientes más próximos". Con ambas expresiones, el legislador catalán deja bien claro que quien realiza, real y sustantivamente, la elección de heredero y la distribución de los bienes hereditarios, no es el fiduciario, sino el propio comitente.

Muy cercana a la clásica teoría del apoderamiento se encuentra la Compilación navarra. En primer lugar, su ley 281, al dar el concepto de la fiducia, dice que la misma consiste en "delegar en un fiduciario-comisario... las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados"; el propio uso de la palabra "comisario" conlleva, según antes explicaba, reminiscencias del mandato o del apoderamiento. Por otra parte, y como antes también recordaba, la propia Compilación, en su ley 151, configura como fiducia sucesoria el "poder post mortem".

Algo similar cabe decir del Derecho vizcaino. La fiducia sucesoria viene calificada allí, por la propia Compilación, de "poder testatorio" y de "testamento por comisario", y la configura legalmente afirmando que "el testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos".

Y qué duda cabe, también, que para todas aquellas modalidades de "delegación sucesoria" en las que el fiduciario carece de una directa titularidad sobre los bienes hereditarios (por tanto, todas salvo el "heredero distribuidor" de Mallorca y Menorca y el "usufructo poderoso" de la Tierra de Ayala), puede afirmarse, sin temor a equivocarse, que el fiduciario goza de una titularidad de disposición sobre bienes ajenos (incluido el supuesto de la "facultad de mejorar" del Art. 831 del Código civil).

Y llegamos en este recorrido a la fiducia sucesoria aragonesa (y lo que diga de ella es igualmente válido para el Derecho de Ibiza y Formentera, a partir del actual Art. 71 de la vigente Compilación balear). Creo que el concepto legal del que, tradicionalmente, se ha partido para encuadrar y definir a esta modalidad de "delegación sucesoria" tiene poco que ver con el resto de las contempladas en los distintos ordenamientos civiles españoles. Son muy importantes al respecto las palabras con que inicia su regulación el Art. 110 de la vigente Compilación foral: "Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél..."

A diferencia del Derecho catalán, el texto legal aragonés no dice que el cónyuge comitente puede instituir heredero a quien el fiduciario designe (teoría de la voluntad integradora). Tampoco afirma que el causante puede nombrar un delegado o comisario para que elija su sucesor o distribuya sus bienes hereditarios, como sucede en los Derechos vizcaino y navarro (teoría de la representación). Y, desde luego, el fiduciario aragonés no detenta, por el solo hecho de ser fiduciario, titularidad alguna sobre los bienes en fiducia, ni plena como el "heredero distribuidor" de Mallorca y Menorca, ni limitada como el "usufructuario o alkar poderoso" ayalés (tesis legal de la sustitución fideicomisaria).

Es cierto, sin embargo, que el fiduciario aragonés goza de una titularidad de disposición sobre bienes ajenos. Como lo es también, según vengo defendiendo, que la fiducia sucesoria aragonesa puede partir de un poder otorgado por el causante, con eficacia "post mortem".

Pero el fiduciario en el Derecho de la Compilación de Aragón es mucho más que todo eso. La facultad de "ordenar la sucesión" (o de "ordenar y regular la sucesión" como se decía en los Anteproyectos aragoneses) confiere al fiduciario una cualidad de que no gozan las similares figuras de otros ordenamientos civiles españoles.

A mi juicio, "ordenar la sucesión" equivale a realizar cuantos actos sean precisos para que el acervo hereditario de una persona quede en disposición de ser continuado por otra u otras. Y ese acervo está constituido no solamente por bienes y derechos, sino también por todo un conjunto de relaciones patrimoniales y personales que, con la muerte de su titular, han de transmitirse a sus sucesores. Y si ese "ordenar la sucesión" se confiere, como facultad especial, a una persona distinta del causante, ese tercero, para cumplir adecuadamente su cometido, debe poder realizar todas cuantas actuaciones hubiera podido llevar a cabo el propio comitente. Por ello, creo que el fiduciario aragonés, salvo las limitaciones que el causante haya establecido, puede llegar a realizar cualesquiera actuaciones que, en vida, hubiera podido verificar el causante en todo lo concerniente a su sucesión hereditaria.

Por ello, considero que para el Derecho aragonés no basta con afirmar, para configurar la naturaleza jurídica de la fiducia, que el fiduciario tiene el poder de disposición sobre los bienes del comitente. Ello es cierto, pero no suficiente. Como tampoco sería suficiente afirmar que el fiduciario es un apoderado o un mandatario del

causante; ello puede ser cierto en algunos casos, pero tampoco sirve para definir la verdadera naturaleza de la fiducia.

En ésta yo creo que el negocio sucesorio es uno, actuado por dos diferentes voluntades –la del comitente y la del fiduciario–, pero no en el sentido de existir una voluntad principal –la del causante– auxiliada o integrada por una voluntad subsidiaria –la del fiduciario–, sino con el criterio de la existencia de dos voluntades principales que se suceden en el tiempo y se superponen en lo sustantivo, para conformar entre ambas una sola y única voluntad. Creo, por ello, que en la fiducia sucesoria aragonesa el fenómeno jurídico que se produce es el de una “subrogación subjetiva” o “subrogación personal”, en virtud de la cual el fiduciario se coloca o se subroga en la posición jurídica del causante para actuar sucesoriamente “como si de éste se tratara” (es lo que escuetamente defendía la Audiencia Territorial de Zaragoza en su sentencia de 6 de abril de 1954).

3. CONTENIDO DE LA FIDUCIA ARAGONESA.

Consecuentemente con la tesis que acabo de exponer, el fiduciario aragonés, y para ordenar la sucesión de su comitente, podrá realizar, con los bienes, derechos y relaciones de éste, lo mismo que el causante hubiera podido realizar de haber ordenado su sucesión directamente. Por tanto, podrá instituir heredero o herederos, asignar legados, imponer cargas y gravámenes, establecer sustituciones de cualquier clase, impedir el juego de la sustitución legal aragonesa prevista en el Art. 141 de la Compilación; podrá verificar los nombramientos bajo condición o a plazo; realizar la partición de los bienes, nombrar albacea y/o contador-partidor.

Creo también que al fiduciario aragonés le corresponderán las mismas atribuciones que el testador tiene en orden a la administración y disposición de los bienes asignados a título gratuito a un menor de edad. Por tanto, y de conformidad con el Art. 12, 1 de la Compilación, podrá establecer sobre tales bienes una administración especial, con las condiciones y por el tiempo que el fiduciario determine, o, en su defecto, hasta la mayoría de edad del menor beneficiario. Puede también determinar a qué personas (sean o no los administradores nombrados), con qué autorizaciones, en qué condiciones y con qué límites, corresponderá la disposición de los bienes deferidos al menor (Art. 13, 1 de la Compilación).

Pienso que el fiduciario también podrá, como el causante, nombrar tutor para los menores de edad beneficiarios de los bienes en

fiducia. El Art. 16 de la Compilación prevé el nombramiento de tutor no solamente por los padres, sino también por aquellas personas que hayan dispuesto de bienes, a título gratuito, a favor de menores que queden en situación de horfandad. Y ese puede ser el caso, en un momento determinado, del fiduciario aragonés.

Igualmente, creo que éste podrá también llamar a la formación de una Junta de Parientes para que resuelva determinados asuntos concernientes a la sucesión hereditaria del causante (cfr. Art. 20, 1 de la Compilación), pudiendo, desde luego, determinar su composición, los asuntos a resolver y el procedimiento a seguir en su funcionamiento. Lo que sí me parece también es que este llamamiento tendrá un límite claro: la Junta podrá resolver sobre cuestiones o aspectos parciales y concretos de la sucesión previamente decidida por el fiduciario, pero no sustituir a éste en el uso de la fiducia.

Por fin, y sin pretender ser exhaustivo, creo que el fiduciario, subrogado en la personalidad jurídica del causante, puede actuar en orden a los problemas suscitados en relación con la preterición legitimaria. Así, si un testador, al otorgar su testamento, ha omitido, intencionadamente o no, a un legitimario, y en el propio testamento ha nombrado fiduciario para ordenar su sucesión, éste podrá evitar los efectos legales derivados de la preterición, otorgando un nuevo testamento y, en uso de la fiducia, formalizar en él la mención legitimaria del descendiente no mencionado por el comitente. Este fué un asunto concreto que tuve en mi despacho, y actué en la forma dicha entendiéndolo, como entiendo, que el testamento por el que el causante designa a un fiduciario, no es su definitivo testamento, o, si se prefiere, en él no se contiene su definitiva ordenación sucesoria; ésta se producirá, realmente, cuando el fiduciario actúe mediante instrumento público irrevocable (o mediante testamento, una vez fallecido el fiduciario sin haberlo revocado o modificado).

4. CARACTERES DEL CARGO DE FIDUCIARIO.

La Compilación aragonesa nada dice al respecto, a diferencia del resto de los Cuerpos legales que, en los distintos ordenamientos civiles españoles, regulan la "delegación sucesoria".

Precisamente, en esta materia, y dada la similitud entre la fiducia aragonesa y el resto de figuras fiduciarias, cabe predicar de aquella los mismos caracteres que las otras Compilaciones determinan al respecto.

A) Función o cargo personalísimo.

En este aspecto coinciden todas las legislaciones que se ocupan de la materia.

Este carácter de la fiducia no impide, sin embargo, que ciertos aspectos de su ejecución puedan ser delegados en favor de otra u otras personas. Así, el Art. 19 de la Compilación balear dispone, para la "delegación sucesoria" de las islas de Mallorca y Menorca, que "el distribuidor ha de ejercitar dichas facultades (las de elección y distribución) personalmente, pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona". De forma similar, el Art. 39 de la Compilación vasca dispone, para Vizcaya, que las facultades del comisario son personalísimas, pero éste "podrá designar albacea y contador-partidor de la herencia del comitente". La Compilación de Navarra, en su ley 282, determina que "la función de fiduciario-comisario 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".

B) Indelegable e intransferible.

Consecuencia lógica de su carácter esencialmente personalísimo.

Ahora bien, como acabo de explicar, esa indelegabilidad sólo afecta al contenido sustantivo de la fiducia, pero no a sus aspectos puramente accesorios. En la mayor parte de los ordenamientos civiles españoles la esencia fiduciaria radica en la facultad de elección de herederos o herederos del comitente, y/o en la distribución de sus bienes hereditarios. Sin embargo, en la fiducia aragonesa, según acabo de explicar, su contenido esencial tiene un mayor alcance; yo creo que ninguna de las atribuciones que he afirmado tiene el fiduciario aragonés puede ser delegada en un tercero. Como en el resto de las Compilaciones, esa delegación sólo podrá hacer referencia a la mera ejecución de los actos previamente decididos por el fiduciario.

La indelegabilidad de lo esencial de la fiducia fué afirmada expresamente, para la catalana, por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1967, pues su única base -dice- es la confianza que se pone por el testador en una determinada persona, en consideración a sus condiciones o cualidades, no compatibles con la delegación.

C) Cargo voluntario.

A este aspecto de la fiducia se refiere expresamente el Art. 39 de la Compilación vasca para el Derecho de Vizcaya.

Evidentemente, en la misma medida en que el nombramiento de fiduciario procede de un acto unilateral del comitente, en el que el fiduciario no participa (ni debe participar, pues, como expondré más adelante, ese nombramiento puede ser revocado en todo momento por el causante), no puede pensarse de ninguna manera en su carácter forzoso.

Además, la fiducia presupone un encargo basado esencialmente en la confianza, y no solamente en la que el comitente pueda tener en el fiduciario, sino también en la que éste haya depositado en el causante.

Por tanto, no existen términos legales posibles para exigir del fiduciario que acepte el encargo. En la Compilación aragonesa, el Art. 118 (que será objeto de estudio en detalle más adelante) permite a quien tenga interés legítimo, solicitar del Juez el señalamiento de un plazo dentro del cual el fiduciario deberá cumplir su cometido; pero ello no significa que la fiducia sea de obligado cumplimiento, pues el fiduciario podrá dejar pasar el plazo determinado sin cumplirla.

El cargo es voluntario en todo momento. Quiero decir que aunque el fiduciario, en un momento determinado, haya formulado la aceptación al mismo (cosa que no es necesaria), podrá más adelante desistir de él y dejar de ejecutar la fiducia, con o sin renuncia expresa. Y ello, aún cuando la haya ejecutado en parte; quedarán válidas las actuaciones realizadas hasta entonces, y habrá que proveer como proceda (luego lo veremos) para el resto de los bienes hereditarios.

A este respecto, señala la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 19 de abril de 1963 que "concedida la fiducia al cónyuge sobreviviente para que la utilice del modo que tenga por conveniente, tan amplísima fórmula permite que el fiduciario utilice total o parcialmente, o no utilice, dicha facultad, pudiendo por tanto, porque era titular de la misma, limitar el ámbito de su acción condicionando su ejercicio".

D) Cargo gratuito.

Esta característica de la fiducia la determina, expresamente, para el Derecho de Vizcaya, el Art. 39 de la Compilación vasca.

Para el Derecho aragonés, en el que no existe norma alguna al respecto, yo creo que la fiducia es naturalmente, aunque no esencialmente gratuita. Desde luego, si el comitente nada ha previsto al respecto, el fiduciario no podrá exigir merced ni precio alguno por el cometido de su encargo. Sin embargo, nada impide que el propio comitente, si lo desea, fije una determinada retribución para el fiduciario, a satisfacer, normalmente, con cargo a los bienes de la herencia.

CAPITULO III

UTILIDAD DE LA FIDUCIA

La fiducia es una de esas instituciones civiles que, con el paso del tiempo, ha superado, en lo que concierne a su utilidad práctica, las propias previsiones del legislador.

Cuando, de lo poco que se ha escrito al respecto, trata uno de aproximarse al sentido y finalidad última de la fiducia, suele encontrarse con afirmaciones muy coincidentes relativas al valor de la institución en orden a la protección del patrimonio familiar y, por extensión, de la familia aragonesa. La Casa se erige en el centro de atención de los juristas aragoneses, estudiosos de la materia, de todas las épocas.

Sin embargo, por muy coincidentes que sean, tales manifestaciones doctrinales no se caracterizan precisamente por su modernidad, aunque algunas hayan sido publicadas recientemente. Y utilizo aquí la palabra modernidad en el sentido de cabal adaptación de la institución a la realidad socio-económica del momento actual; o mejor, de cómo la fiducia puede ser utilizada, en la práctica, para alcanzar los fines lícitos que los particulares quieren conseguir en un momento determinado, y que, posiblemente, unas normas demasiado rígidas y anquilosadas, les vedan por otros caminos legales.

Lo que sigue a continuación es una enumeración y estudio detenido de cada una de esas posibilidades prácticas que la fiducia tiene hoy en el vigente Derecho aragonés, comenzando, como es lógico, por las que podrían denominarse clásicas, para llegar hasta las más actuales.

1. La conservación de la Casa.

La mayoría de los comentaristas del Derecho civil aragonés aluden a esta finalidad como la más importante de la fiducia aragonesa.

Se resalta la idea de que Aragón es una tierra pobre, formada por unas explotaciones agrícolas no demasiado extensas, que, para su adecuada conservación y desarrollo económico, exigen la instrumentalización de una serie de instituciones civiles que eviten su desmembración, y garanticen su continuidad en el seno de la familia a través de la figura del heredero único.

Al respecto, son muy representativas de esta línea de pensamiento las palabras de Alonso y Lambán: "Conservar la casa y lograr así la perdurabilidad de la familia más allá, en el tiempo, de lo que Dios limita la vida del hombre. Esto nos explica instituciones como la viudedad y la sociedad continuada, y el casamiento en casa y el doble casamiento en casa y la sucesión contractual y la libertad de testar y una serie de figuras jurídicas en las cuales es preciso incluir la fiducia sucesoria" (82). Y más adelante apostilla: "Esta verdadera unidad patrimonial exige, pues, un solo titular ... Es preciso ... buscar un solo heredero, bien a través de la sucesión contractual, bien por medio de la libertad de testar, bien usando de la fiducia mortis causa" (83).

Un criterio también reproducido por la jurisprudencia: "Es de notar que en ellas (las capitulaciones matrimoniales) con unanimidad y persistencia se incluye ese pacto facultando para nombrar heredero, porque responde al sentimiento y tradición de la familia aragonesa para la conservación y mantenimiento de la casa... " (sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 25 de mayo de 1956).

Y ligado a ello la idea de la imposibilidad que puede suponer para un matrimonio aragonés el decidir acerca del nombramiento de un heredero único para su patrimonio familiar cuando sus hijos son todavía muy pequeños. Las dudas que pueden presentárseles cuando todavía esos hijos no han experimentado un desarrollo físico y mental suficiente, para elegir entre ellos al continuador de la Casa.

Sintetiza la idea Bonet Ramón al afirmar que entre los varios fines que justifican la fiducia aragonesa está el que "el testador puede relegar a un momento ulterior la designación del heredero o la distribución de su patrimonio, cuando la evolución normal de las circunstancias permita conocer al más apto para el puesto o al más necesitado" (84).

(82) Mariano Alonso Lambán, "Un punto en el tema..." cit. pág. 553.

(83) Idem. pág. 554.

(84) Francisco Bonet Ramón, "Compendio de Derecho Civil", T. V, pág. 209.

En parecido sentido, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: "La delegación de la facultad de disponer se justificaba en la economía agraria tradicional de ciertos territorios y dentro de unos sistemas de legítima individual escasa o nula, por el deseo de proceder con mayor seguridad de acierto en la elección del sucesor -generalmente, descendiente- que va a recibir lo esencial del patrimonio de sus antepasados y a continuar, con él, las tradiciones y la estirpe familiares. Los padres y ascendientes son los más cualificados para hacer la elección, pero a condición de que los posibles instituidos hayan llegado a una edad tal que revele plenamente sus inclinaciones, aptitudes y cualidades. Hasta ese momento, puede convenir aplazar la elección, y para prevenir el evento de no vivir ya entonces el causante, se establece la delegación" (85).

Recientemente, Emilio Latorre insiste en la idea, poniendo de manifiesto que la "importancia de instituir heredero a la persona que mejor esté preparada para cumplir la labor de mantenimiento de la casa, le obliga a veces (al causante aragonés), por falta de suficientes garantías para valorar las eventuales características de sus posibles herederos, a acudir a esta institución" (86).

La idea, suficientemente adaptada a la realidad social del momento, creo que mantiene viva su virtualidad. En esa necesaria adaptación, creo, en primer lugar, que hoy ya está superada la idea tradicional de la Casa aragonesa, identificada con el patrimonio rural. Desde hace años vengo defendiendo la conveniencia de sustituir este concepto tradicional por uno más moderno que trascienda el medio rural, para insertarse también en el ámbito de la empresa industrial, la fabril o la de servicios (87). Y para este nuevo concepto de Casa o patrimonio familiar es de utilidad la fiducia sucesoria cuando en el momento de plantearse la sucesión hereditaria, su titular duda acerca de quien pueda ser su mejor continuador. La fiducia le permite prever la posibilidad de que, ante un fallecimiento prematuro, no se abra la sucesión intestada (con el posible desmembramiento del patrimonio entre los varios herederos llamados por la ley), y habrá una persona de su confianza -el fiduciario- que, sustituyendo o integrando su voluntad, ordenará la sucesión de la "empresa" de la manera más conveniente para su conservación económica y continuidad familiar.

(85) José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, "Derecho de Sucesiones" cit. pág. 376.

(86) "Comentarios..." cit. pág. 310.

(87) "Aragón y su Derecho", Guara Editorial, 2ª edic., Zaragoza, 1980, págs. 57 y ss.

2. La mejor protección de los descendientes.

Más allá de este concepto empresarial o patrimonial de la Casa aragonesa, la fiducia puede jugar hoy el mismo papel cuando se trata de la sucesión hereditaria de cualquier aragonés con hijos de corta edad, que en el momento de intentar formalizarla no puede decidirse en orden a la más adecuada asignación o distribución de sus bienes, entre ellos.

Precisamente, las circunstancias socio-económicas actuales determinan que hoy, mucho más que hace unos años, los hijos permanezcan en la casa familiar por largo tiempo, sin gozar de la deseada independencia económica y personal que permita a sus padres el decidir acerca del más adecuado reparto hereditario de sus bienes. En el momento de querer tomar la decisión sobre su sucesión hereditaria el causante desconoce la evolución que cada uno de sus hijos experimentará en el futuro, y las necesidades económicas que tendrá. Para ello, la fiducia le ofrece la posibilidad, como antes decía, de que otra persona –normalmente, su cónyuge– decida por él, si una muerte prematura le impide ordenar su sucesión en los términos más cabales que el causante hubiera deseado.

Pero cuando en el presente epígrafe hablo de protección a los descendientes, lo hago intencionadamente, utilizando este término en el sentido amplio, comprensivo, no solamente de los hijos, sino también de los nietos. Si el causante ordena su sucesión cuando todavía sus hijos no han tenido descendencia, y efectúan entre ellos el reparto de todos sus bienes, no es infrecuente que, habida dicha descendencia, el causante desee favorecer de algún modo a sus nietos (a todos o a alguno de ellos). Lo cual o le resultará imposible de realizar –si la ordenación de la sucesión la ha efectuado por pacto sucesorio o si el testamento es correspectivo y uno de sus otorgantes ha fallecido ya–, o, cuando menos, le puede ocasionar molestias e, incluso, trastornos familiares. Para obviar estas dificultades, es bueno aconsejar al causante el nombramiento de un fiduciario que, independientemente de las previsiones sucesorias realizadas, pueda reordenar éstas, en todo o en parte, y atribuir así algo de su patrimonio a algún descendiente de segundo o ulterior grado.

Las posibilidades al respecto, en la práctica, pueden ser muy variadas.

3. La protección del propio causante.

Suele ser habitual entre las personas mayores que viven solas y que carecen de parientes próximos en su entorno (porque no los

tienen, o porque, aún teniéndolos, no se ocupan de ellas), que quieran protegerse en los peores momentos de su vejez, en los últimos días de su existencia. Y es frecuente que acudan a nuestros despachos profesionales en demanda de un testamento a través del cual desean instituir heredera de todos sus bienes (o del tercio libre, caso de tener legitimarios) a aquella persona que le atienda en los últimos momentos de su vida.

Suelo aconsejar a mis clientes que ese deseo testamentario lo acompañen de algún tipo de previsión complementaria, tendente a asegurar la determinación, en su momento, de la persona que ha cumplido efectivamente con tal asistencia. Y ello, con el objeto de no dejar la designación hereditaria demasiado vaga e imprecisa, por las negativas consecuencias que puede llegar a tener en orden a la eficacia del testamento.

Para ello, la fiducia, individual o colectiva, puede jugar un papel muy importante, en orden a la determinación del sucesor. El fiduciario persona individual o la Junta de Parientes en funciones de fiducia sucesoria, serán los encargados de determinar qué persona o personas han cumplido con esa asistencia al causante, haciendo entonces la designación hereditaria a favor de las mismas. Dado el concepto amplio que en esta obra se defiende de la fiducia, y especialmente en lo que concierne a las personas que pueden otorgarla y las que pueden ser fiduciarios (ver lo que se dice en el capítulo siguiente), creo que esta posibilidad no sólo no puede descartarse, sino que, además, puede rendir una utilidad práctica de gran interés social. Con arreglo a ello, el testador podrá nombrar fiduciario a una persona de su confianza, que no tiene por qué ser necesariamente un pariente; a veces, puede serlo un profesional o un asesor que goce de la plena confianza del testador.

4. Robustecer la posición del fiduciario.

La idea la expresaba así Bonet Ramón: La fiducia aragonesa "garantiza al cónyuge supérstite una más sólida protección frente a los hijos, ante eventuales y no infrecuentes ingratitudes por parte de éstos, especialmente cuando el supérstite carece de bienes propios o queda congelada su facultad de disposición mortis causa por la irrevocabilidad del testamento mancomunado" (88).

(88) Op. cit. pág. 209.

Efectivamente, una de las finalidades perseguidas hoy por los otorgantes al constituir fiducia, y muy especialmente, cuando se trata de fiducia recíproca entre cónyuges, es el tratar de robustecer la posición del viudo frente a los hijos. Conseguir que éstos queden en todo supeditados al padre o madre viudos cuando uno de los miembros de la pareja fallezca. Las facultades que la delegación sucesoria comporta normalmente, de poder elegir el fiduciario al hijo o hijos que han de suceder en el patrimonio hereditario del premuerto, reforzado ello con el carácter colectivo de la legítima aragonesa y el usufructo de viudedad universal, colocan al cónyuge viudo fiduciario en una posición de preeminencia con respecto a los hijos y ulteriores descendientes.

El saber éstos que su padre o madre viudos pueden variar sustancialmente las previsiones sucesorias del premuerto, o, incluso, ordenarlas "ex novo", puede condicionar el comportamiento personal de cada uno de ellos.

Son muy significativas al respecto las ideas expuestas por Asúa cuando explica la evolución histórica de la "delegación sucesoria" en Francia (llamada allí "faculté d'élire"). Su existencia durante la Edad Media "respondía bien a las necesidades del modelo social imperante, en el sentido de robustecer una autoridad paterna fuerte -pues era muy frecuente que el encargado de la elección fuera el cónyuge superviviente- y permitir la conservación indivisa del patrimonio familiar... (pero) la facultad de elegir siguió una suerte pareja al sistema de organización social al que servía y fue derogada por dos leyes revolucionarias anteriores a la Codificación... (que) parece(n) querer terminar con un arma de poder excesivo del progenitor respecto a los hijos" (89).

Pero si este robustecimiento de la posición jurídico-económica del fiduciario se produce, habitualmente, en las que podrían calificarse de situaciones normales de "delegación sucesoria", la concedida, recíprocamente, entre los cónyuges de único matrimonio con hijos comunes, la utilidad que aquí se predica de la fiducia se redobra cuando se trata de supuestos distintos en los que el fiduciario se encuentra en situación de inferioridad con respecto a los legitimarios del comitente. Los casos que pueden plantearse pueden ser muy variados. Citaré sólo algunos de los más frecuentes:

(89) Clara I. Asúa González, "Designación de sucesor a través de tercero", Edit. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 75 y 76.

En primer lugar, el del cónyuge viudo fiduciario que, por haber contraído matrimonio en su día con persona —el causante— que ya tenía hijos, ve reducido su derecho de usufructo viudal a la mitad de los bienes del comitente (Art. 73 de la Compilación). La fiducia, con las facultades que le atribuye, puede venir a compensar esa situación de inferioridad en que puede encontrarse con respecto a los legitimarios.

Lo mismo puede decirse del cónyuge viudo fiduciario que, por haberlo renunciado con anterioridad (por ejemplo, en capitulaciones matrimoniales regulando el régimen de separación de bienes para su matrimonio), carece en su totalidad del usufructo de viudedad.

Y, por supuesto, en el caso de las parejas no casadas, en el que el superviviente carecerá de todo derecho de viudedad respecto de los bienes del comitente.

5. Facilitar la disposición de los bienes hereditarios.

Este supuesto está estrechamente relacionado con el anterior. En la práctica es frecuente que, pese a todos los esfuerzos hechos por el causante para tratar de beneficiar económicamente a su cónyuge viudo (usufructo de viudedad, atribución en propiedad del tercio de libre disposición), éste, por mor del sistema legitimario aragonés y de la carencia de bienes suficientes, se vea en la imposibilidad de disponer, una vez fallecido su consorte, de algún bien de éste o consorcial de ambos. Son muchas las herencias en las que el patrimonio hereditario está constituido exclusivamente por la vivienda común de los cónyuges y unos pequeños ahorros depositados en alguna entidad financiera.

Fallecido uno de los cónyuges dejando varios hijos, el viudo tiene necesidad de disponer de los bienes, incluso para su subsistencia. Si todos los hijos están de acuerdo, no existirá problema: se acudirá a la enajenación directa por el viudo y los legitimarios (cfr. Art. 113 de la Compilación y lo que se explica en el capítulo VII de esta obra). Sin embargo, la cuestión surgirá cuando alguno de los hijos se niegue a consentir la venta que propone el viudo, y éste carezca de bienes concretos de su propiedad (incluso, los atribuidos por el premuerto en su testamento con cargo al tercio libre). La fiducia puede ser entonces el instrumento de que el viudo fiduciario se sirva para conseguir la finalidad propuesta.

La manera de actuar es muy sencilla: el fiduciario asignará el bien de que se trate a aquel de los hijos que esté en disposición favorable a

la venta, y éste, en unión del cónyuge viudo por los derechos que le correspondan, procederán, incluso simultáneamente, a la enajenación del bien en cuestión.

“De esta forma –dice Bonet Ramón– se trata de dar cauce, hasta donde sea posible, a esa aspiración tantas veces expresada por los testadores de que sea ‘todo lo del uno para el otro’, traducida sobre todo en la posibilidad de vender el sobreviviente en caso de necesitarlo” (90).

6. Posesión interina del patrimonio hereditario.

Si admitimos la posibilidad de constituir fiducia sucesoria por parte de personas no casadas, y de éstas a favor de personas distintas de su cónyuge, cuando éste no exista o carezca de viudedad universal, el encargo sucesorio puede tener una especial aplicabilidad práctica en aquellos casos en los que el patrimonio hereditario no pueda ser transmitido a los sucesores ya designados por el causante, inmediatamente después de la muerte de éste, y no existan otras personas con facultades para poseer los bienes hereditarios; por ejemplo, todos aquellos en los que la institución hereditaria haya sido sometida a una determinada condición suspensiva o al cumplimiento de un concreto término.

Para tales supuestos no veo inconveniente en que el causante prevea el nombramiento de un fiduciario encargado, a su fallecimiento, de entrar en la posesión de la herencia y, con facultades de administración y/o disposición, o sin ellas, encargarse de conservar los bienes para dar traslado de ellos al o a los herederos una vez la condición o el término se cumplan.

(90) Op. cit. pág. 209.

CAPITULO IV

ELEMENTOS PERSONALES

En todo supuesto de "delegación sucesoria" es preciso contemplar por separado los dos diferentes elementos personales que en ella intervienen: el comitente o persona que prevé la constitución de la fiducia, y el fiduciario o persona encargada de llevar a cabo la ordenación de la sucesión del comitente, en que la fiducia consiste.

1. COMITENTE.

Con respecto a él conviene tener en cuenta los siguientes aspectos:

A) Vecindad civil aragonesa.

La posibilidad de ordenar la propia sucesión a través de la fiducia contemplada en los Arts. 110 y siguientes de la Compilación del Derecho civil de Aragón es un derecho que compete a los aragoneses, y sólo a ellos.

Desde siempre se ha creído que la mayor parte de las instituciones civiles aragonesas tienen carácter personal, es decir, que son aplicables a los aragoneses, y sólo a ellos, con independencia del lugar de su residencia; que constituyen un conjunto de derechos y obligaciones que acompañan a quienes tienen vecindad civil aragonesa. Y que solamente algunas materias tienen carácter territorial, y afectan a quienes residen en Aragón, con independencia de su regionalidad.

Sin embargo, nunca había existido en el Derecho aragonés una formulación normativa de este criterio. Ha sido el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto, el que por primera vez ha venido a regular esta materia. Su artículo noveno, dos, dispone que "las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán 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". Como digo en otro lugar, con esta norma se resalta el carácter personalista de la mayor parte de las instituciones que componen nuestro tradicional Derecho foral (91). Y entre ellas, desde luego, el derecho a ordenar la propia sucesión hereditaria en que consiste la fiducia.

Como acertadamente dice Adrián Celaya con respecto al testamento por comisario vizcaino, la "delegación sucesoria" no puede entrar en el campo de lo formal, "la forma es el modo demanifestar la voluntad, pero el comisariado (la fiducia en nuestro caso) se refiere a un acto de representación, delegación de la voluntad, no el modo de declararla" (92).

Yo creo que la fiducia sucesoria entra de lleno, en materia de Derecho conflictual o interterritorial, en lo que da en llamarse ley personal o, con criterio clásico, estatuto personal del causante. Es la idea que refleja el Art. 8 del Código civil cuando determina que "la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional (en nuestro caso, territorial) del causante... " Porque, en efecto, se trata de la sucesión hereditaria de quien otorga la fiducia; según más arriba explicaba, el fiduciario, con su voluntad, está sustituyendo la voluntad del causante. Es a éste al que deben referirse todas las actuaciones en que la "delegación sucesoria" consista; por tanto, es a su ley personal, y no a otra, a la que hay que referirse en lo que concierne al tema que ahora nos ocupa. En conclusión, en materia de conflicto interregional, será la vecindad civil del causante que otorga la fiducia la determinante del Derecho a aplicar.

Sin embargo, este criterio planteaba antes un problema a la hora de determinar a qué ley personal del causante había que atender, en el supuesto de que éste hubiera cambiado de vecindad civil una vez otorgado el instrumento configurador de la fiducia; si a la ley imperante en el momento de ese otorgamiento, o a la que regía su sucesión hereditaria en el momento de su muerte. Con respecto al Derecho de Vizcaya, en 1967 Adrián Celaya se planteaba el problema y, a pesar de que él consideraba que ese cambio de vecindad no debía afectar al mantenimiento del poder testatorio, concluía afirmando

(91) José Luis Merino y Hernández, "Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón", Guara Editorial, Zaragoza, 1983, pág. 60.

(92) Op. cit. en nota (18), pág. 750.

que, con toda seguridad, la jurisprudencia que en el futuro se dictara sería contraria a este criterio (93). Por mi parte, y partiendo de la misma idea de este autor cuando decía que, en el caso de un testamento por comisario, "no estamos ante una cuestión de forma de testamento, pero tampoco ante un problema de fondo" (94), considero que ya entonces —cuando Celaya escribía lo transcrito— podía afirmarse que el nombramiento de fiduciario hecho en testamento, no afectando al fondo de éste, no tenía por qué verse invalidado por el hecho de un cambio de vecindad civil del comitente. Ese testamento tiene un valor meramente instrumental, no afecta propiamente al contenido de la sucesión hereditaria del testador. Prepara el instrumento adecuado para ordenar la sucesión, pero no la ordena directamente.

Hoy, sin embargo, este problema ha quedado resuelto con la nueva redacción dada al párrafo 8 del Art. 9 del Código civil por la ley 11/1990 de 15 de octubre. Siguiendo los criterios doctrinales imperantes en materia de Derecho conflictual, determina ahora este precepto que "las disposiciones hechas en testamento ... (ordenado) conforme a la ley nacional del testador... conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión". Con este nuevo precepto se ha tratado de evitar que los cambios de nacionalidad o de vecindad civil —cada vez más frecuentes en España— afecten al testamento otorgado con anterioridad a la pérdida de una determinada vecindad civil y la adquisición de otra. Por ello, con arreglo a este nuevo criterio legal, entiendo que la fiducia sucesoria otorgada en testamento por un aragonés conservará su validez aunque el comitente cambie de vecindad, y fallezca bajo otra distinta de la aragonesa.

Con más razón será válido y deberá mantenerse, pese al cambio de vecindad del comitente, el nombramiento de fiduciario hecho en escritura pública distinta del testamento.

B) Estado civil del comitente.

En este punto la cuestión radica en saber si para que un aragonés pueda ordenar su sucesión hereditaria a través de la fiducia, es necesario que tenga o no un determinado estado civil. O más concretamente, si la fiducia sucesoria sólo puede ser prevista por las

(93) *Idem.* págs. 751 y 752.

(94) *Idem.* pág. 751.

personas casadas, o también por las solteras, viudas, separadas y divorciadas.

Yo creo que en este punto (y muy en relación con él, el relativo a las personas que pueden ser designadas fiduciarios) radica uno de los aspectos más importantes a la hora de interpretar la regulación de esta materia en la vigente Compilación aragonesa. Pienso que al respecto se pueden y se suelen adoptar (como enseguida veremos) dos posturas opuestas, con sus variantes intermedias (éstas, en realidad, mínimas): la que, ateniéndose a una interpretación estricta y literal de la Compilación, no admite más posibilidad que la fiducia constituída por personas casadas; y la que, con una visión más flexible y creo que más adaptada a la realidad social, considera que la ordenación sucesoria a través de la fiducia es un derecho que, en Aragón, no puede negarse a las personas con un estado civil distinto del matrimonial. Anticipo desde ahora que esta segunda va a ser la postura que voy a tratar de defender y argumentar a lo largo de estas páginas.

Para llegar a una conclusión adecuada en esta materia, parece conveniente retrotraer su análisis a los criterios –legales, jurisprudenciales y doctrinales– que en Aragón se mantenían con anterioridad a la promulgación de la vigente Compilación, incluyendo en este análisis los diferentes trabajos preparatorios de ésta a través del Seminario y de la Comisión aragoneses.

Partiendo de una redacción que el Apéndice foral de 1925 hacía, muy similar a la actual de la Compilación –“El testador puede encomendar a su cónyuge...” (Art. 29)–, el principal comentarista del mismo en esta materia, Mariano Alonso Lambán, defendía una interpretación aperturista y flexible del citado precepto, considerando que todo aragonés, casado o no, podía nombrar fiduciario para ordenar su sucesión. En apoyo de su tesis citaba autores clásicos aragoneses, como Franco y Guillén, Dieste, Blas y, sobre todo, Otto Escudero, para todos los cuales la fiducia aragonesa podía ser otorgada por cualquier persona, casada o no. Y recordaba también el autor algunas interesantes sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza en las que se resolvían cuestiones atinentes a fiducias concedidas no entre cónyuges: así, en la de 25 de abril de 1860 el testador había nombrado a tres personas para que ejercieran de fiduciarios, sin incluir entre ellas, al parecer, al cónyuge; en la de 30 de marzo de 1871 una persona casada y sin hijos nombra fiduciarios a una serie de personas, sin incluir a su cónyuge; en la de 9 de julio de 1880 se designan fiduciarios a ciertas personas para elegir

heredero a uno de los hijos de los contrayentes; muy importante es la sentencia de 27 de octubre de 1897 en la que se trata de una fiducia concedida por una hija en favor de su madre; y no menos importante también, la de 30 de mayo de 1922 en la que una persona nombra fiduciario a su yerno para que distribuya sus bienes entre determinados nietos de la testadora, hijos del propio fiduciario. Una jurisprudencia, pues, ampliamente permisiva, reflejo, sin duda, de la práctica que en Aragón se vivía en esta materia. En base a todo ello, Alonso Lambán proponía, "de lege ferenda", las siguientes conclusiones:

- 1ª Los no casados pueden nombrar fiduciario a cualquier persona, sea pariente o extraño.
- 2ª Si el testador está casado y existen hijos comunes, no podrá excluir de la fiducia a su cónyuge, salvo, quizás, en caso de separación conyugal.
- 3ª El testador casado y sin hijos puede nombrar fiduciario a cualquier persona, sea o no su cónyuge (95).

Cuando en 1953 la Comisión aragonesa de juristas, nombrada para la elaboración del Anteproyecto de Compilación, encargó la redacción de un primer borrador a un Seminario constituido al efecto, entre otras actividades éste elaboró un largo cuestionario, en cuyo punto segundo en materia de fiducia sucesoria se formulaba la siguiente serie de preguntas: "¿Es necesario estar casado para nombrar comisario? ¿Puede hacer el nombramiento un soltero o un viudo? En tal caso, ¿a quienes podrán conferir la fiducia? ¿Libremente? ¿Con ciertos límites? ¿Cuáles?" (96).

En las tres redacciones que el Seminario propuso en esta materia admitía de forma muy amplia que el comitente tuviera cualquier estado civil: "Pueden usar de esta forma de disponer, tanto los casados, como quienes no lo son" (primera redacción); "Los aragoneses, cualquiera que sea su estado, podrán nombrar... fiduciario o fiduciarios" (segunda redacción); "Todo causante puede nombrar uno o varios fiduciarios comisarios" (tercera redacción). Fue precisamente esta última fórmula la que paso a constituir el Art. 51 del borrador de Anteproyecto de Compilación, presentado por el Seminario a la Comisión aragonesa. Criterio que ésta admitió totalmente, y con la misma redacción, en su primer Anteproyecto de

(95) "Un punto en el tema..." cit., pág. 555.

(96) "Sumario de una problemática..." cit., pág. 120.

1962. En el siguiente de 1963 se varió el texto, pero no el criterio planteado inicialmente: de sus Arts. 48 y 50 se deducía con toda claridad que comitente podía serlo cualquier persona, casada o no.

El cambio, y creo que no sólo de redacción, sino también de planteamiento, vino de la mano del Anteproyecto elaborado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación; en él, igual que en el actual Art. 110 de la Compilación, se afirmaba que "cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro".

Consecuencia de ello es que la generalidad de la doctrina, con una interpretación estricta y rigurosa de la Compilación aragonesa, y sin profundizar más al respecto, considera que el texto legal aragonés sólo contempla la posibilidad de fiducia individual concedida por persona casada y a favor de su cónyuge. Al hablar en concreto del fiduciario me referiré más detenidamente a estos autores.

Recientemente ha mantenido una opinión relativamente aperturista en esta materia, con respecto al texto legal de la vigente Compilación aragonesa, el notario aragonés Emilio Latorre. Se basa este autor en un doble criterio: de una parte, en el hecho de que el nombramiento de fiduciario por persona no casada ha sido una práctica habitual en Aragón, que ha generado con el tiempo una costumbre aplicable hoy en virtud del Art. 2 de la Compilación; y de otra, en el principio de libertad civil, plasmado en el apotegma "standum est chartae", definido por el Art. 3 del texto foral. Sin embargo, considera también que de los Arts. 110 y 114 del mismo "se deduce claramente que el casado cuyo matrimonio no se haya roto por nulidad, divorcio o separación, tiene que nombrar forzosamente a su cónyuge en caso de que quiera valerse de la institución, tanto si tiene hijos comunes como si no los tiene" (97).

Por mi parte considero que tanto el legislador de 1925, como el de 1967, no se atrevió a configurar la fiducia sucesoria en los amplios términos que preveían los respectivos trabajos preparatorios; y de los textos legales correspondientes, en una primera lectura de los mismos, dá la impresión de que la institución ha querido limitarse exclusivamente a las personas casadas.

Sin embargo, creo que hay una segunda lectura de los propios preceptos compilados que regulan la materia, que autoriza a pensar en una solución distinta.

(97) Op. cit. pág. 279

Explicaba más arriba la evolución experimentada en la redacción del texto compilado, entre los diferentes Anteproyectos, y de forma muy especial, en la variación producida por la Comisión General de Codificación respecto de los trabajos provinientes de la Comisión aragonesa de juristas.

En concreto, mientras ésta hacía una única regulación de la fiducia, admitiendo que la misma pudiera ser configurada por cualquier persona, casada o no, la Sección Especial de la Comisión General de Codificación desdobló la materia en dos diferentes capítulos: en el primero se refería exclusivamente a las personas casadas ("cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro"), mientras que en el segundo -bajo el extraño título de "disposiciones de aplicación local"- comenzaba por afirmar que "en las comarcas donde, por costumbre, la fiducia sucesoria no se circunscribe al cónyuge, podrá encomendarse a una persona o varias", para continuar regulando la fiducia encomendada a los parientes. Este segundo capítulo es el que dio origen al actual de la Compilación relativo a la "fiducia colectiva", en el que se introduce el concepto de "sucesión de la casa a favor de descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado", y se hace referencia para este tipo de fiducia, exclusivamente, a los parientes.

A mi me parece que todas estas variaciones habidas a lo largo del proceso de elaboración de la Compilación, al menos en esta materia, no han hecho sino complicar las cosas, hasta un grado de confusionismo bastante elevado (98).

En primer lugar, no está clara la diferenciación de los dos capítulos en que se divide el título IV del libro II, relativos a la fiducia sucesoria. El primero de ellos gira bajo la denominación de "Disposiciones generales", de la que se podría deducir que en él se regulan los principios generales de la fiducia para, luego, otro capítulo regular los aspectos particulares de la misma. Y sin embargo, no es así, dado que ese capítulo segundo se denomina "de la fiducia colectiva", como contrapuesto a "fiducia individual". Y tampoco ello es cierto: a mi juicio, y dados los términos con que está redactado el Art. 114 de la Compilación, esta última clase de fiducia está contemplada exclusivamente para el supuesto de nombramiento de heredero único, sucesor de la casa o patrimonio familiar; el uso de las palabras "descendiente" y "consanguíneo" en singular aboga en favor de este criterio.

Por todo ello, creo que la regulación que hoy contiene la Compilación aragonesa en materia de fiducia es una regulación

(98) Y lo que han hecho también, desde luego, es producir una substancial alteración de los criterios prácticos tradicionales en esta región.

parcial y fragmentaria. En el capítulo I, Arts. 110 a 113, se contempla, de una parte, el supuesto de que una persona casada designe como fiduciario a su cónyuge (y para este caso el Art. 110 establece unas normas determinadas); pero además, regula una serie de criterios -los relativos a la forma, a la modalidad de ejecución y a la situación de pendencia- que son válidos, según creo, para todo tipo de fiducia, y no sólo la individual, sino también la colectiva. Y en el capítulo II se refiere a un solo tipo de fiducia colectiva, concretamente aquella que tiene como finalidad el nombramiento de heredero único del patrimonio familiar (esta última recuerda a la figura de los parientes "herederos distribuidores" del Derecho catalán, quienes, según el Art. 149 del vigente Código de Sucesiones de Cataluña, tienen como única misión la institución de un heredero único entre los hijos del testador).

Así, pues, creo que al margen del texto articulado de la Compilación caben otras modalidades de fiducia, tanto individual, como colectiva.

En concreto, y por lo que concierne ahora al punto objeto de estudio, mi criterio es que cualquier persona, casada o no, puede prever el nombramiento de fiduciario o fiduciarios, para ordenar su sucesión hereditaria. Lo dicho hasta aquí en torno a la vigente normativa en la materia y sus antecedentes podría ser suficiente para corroborar este aserto. Pero si tales argumentos no fueran suficientes, bastaría entonces, como hacen otros autores, con apelar al principio general de la autonomía de la voluntad, reflejado en la legislación aragonesa en el apotegma "standum est chartae", en virtud del cual en este ordenamiento hay que estar siempre "a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón"; y, desde luego, en la normativa compilada, ni dentro ni fuera de los preceptos atinentes a la fiducia, se prohíbe a los aragoneses no casados el prever la ordenación de su sucesión hereditaria por medio de esta especial figura de "delegación sucesoria".

De lo contrario se estaría privando de un derecho importante a los aragoneses que no estuvieran casados, generando una especie de privilegio, sin suficiente justificación, en beneficio de los matrimonios; siendo así que la fiducia no es propiamente una institución de carácter familiar, sino de naturaleza claramente sucesoria; y no se ve por qué los casados puedan servirse de un útil instrumento de transmisión sucesoria de su patrimonio, y las demás

personas, no. De mantener una interpretación estricta de la Compilación, como digo, estaríamos negando la posibilidad de constituir fiducia a los solteros, los viudos, los divorciados y los separados. Y con ello, negando también la fiducia a unas personas en una determinada situación social, cada día más manifiesta, y de la que el legislador y la propia jurisprudencia empiezan a ocuparse: me refiero a las parejas no casadas. En éstas, su estado de hecho (que no de derecho) es comparable al matrimonio. Hay numerosas parejas estables con hijos comunes que pueden tener igual necesidad que los casados para ordenar su sucesión hereditaria a través de la fiducia. Y no se olvide que ésta, según explicaba más arriba, es un instrumento de gran utilidad y beneficio, no solamente para los propios comitente y fiduciario, sino también para los hijos, y para la familia en general. Y, desde luego, está claro que hoy el concepto de familia ha trascendido ya al clásico derivado del matrimonio; como reconoce el propio Tribunal Constitucional, el concepto "familia" que emana de la Constitución española es mucho más amplio que el estrictamente matrimonial, y dentro de él caben también estos supuestos de parejas no casadas, además de otros.

C) Capacidad.

En esta materia se puede incurrir en el error de pretender exigir al comitente una capacidad relacionada con el instrumento público que utilice para designar fiduciario. Ello, sin embargo, llevaría al contrasentido de que mientras para otorgar fiducia en testamento bastaría con que el testador tuviera la edad exigida para testar, es decir, los catorce años (Art. 663, 1º Código civil), ese mismo otorgamiento en capitulaciones matrimoniales obligaría al comitente menor de dieciocho años a contar con la asistencia de uno cualquiera de sus padres y, en su defecto, del tutor, Junta de Parientes o Juez de Primera Instancia (cfr. Art. 27 de la Compilación). Lo cual es inadmisibile.

La capacidad exigible al comitente creo que estará en razón, por tanto, no del instrumento público que éste utilice para designar fiduciario, sino de la materia a que la fiducia se refiere, es decir, la ordenación sucesoria de su patrimonio. Y dado que en la Compilación aragonesa no existe un precepto que determine esta capacidad, es preciso acudir al Código civil, como Derecho supletorio del aragonés; y en él tener en cuenta la única norma atinente a esta materia, el Art. 663, referida a la capacidad para testar, única forma que en el Derecho del Código es posible utilizar para ordenar la sucesión hereditaria de una persona. Por ello, hay que concluir que

los aragoneses podrán designar fiduciario a partir de los catorce años, ya lo hagan en testamento, ya en cualquier otro instrumento público. Y, desde luego, sin la asistencia prevista para otro tipo de actos por el Art. 5 de la Compilación (si ésta no se exige para otorgar testamento, tampoco se puede exigir para la constitución de fiducia, aunque sea en otro tipo de documento público).

Eso sí, cuando el instrumento que se emplee para la designación de fiduciario contenga algún tipo de pactos o disposiciones, y especialmente de carácter no sucesorio (por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales previendo el régimen matrimonial), al comitente, y para esos otros actos deberá exigírsele la especial capacidad o el complemento de capacidad que la ley determine en cada caso.

2. FIDUCIARIO

Las cuestiones que se plantean en torno a la figura del fiduciario son paralelas, y en parte están relacionadas con las propuestas en relación al comitente. Veámoslas:

A) Vecindad civil.

Esta es una cuestión ausente, en general, de los comentarios doctrinales. Posiblemente, porque la fiducia a la que más atención se ha prestado es la conferida a favor del cónyuge, y hasta la reforma del Código civil por la ley 11/1990, de 15 de octubre, este tipo de "delegación sucesoria" no planteaba problema alguno –salvo el cambio de vecindad civil del comitente, tratado más arriba– dado que, por matrimonio, la mujer seguía la condición de su marido, es decir, adquiría automáticamente, la vecindad civil de éste.

Sin embargo, a partir de la modificación experimentada por el Art. 14 del Código Civil, según el cual "el matrimonio no altera la vecindad civil", la cuestión se plantea hoy en términos distintos. Desde el momento de la entrada en vigor de dicha ley, en todas las regiones de España, y en Aragón de forma especial (por su carácter de Comunidad "fronteriza" con otras con Derecho civil propio, y, singularmente, Cataluña y Navarra), se están produciendo los que, en orden a la vecindad civil de sus miembros, yo calificaría de "matrimonios mixtos", es decir, aquéllos en los que marido y mujer mantienen, desde el principio de su unión, distinta vecindad civil.

Ello obliga a plantear la posibilidad de si un cónyuge con vecindad civil distinta puede o no ser fiduciario de su consorte aragonés.

Pero lo mismo cabe decir de los parientes fiduciarios en la fiducia colectiva a que se refieren los Arts. 114 a 118 de la Compilación.

Y por último, de cualquier persona designada fiduciario por un aragonés, sea aquella pariente o no, y tanto se trate de la fiducia individual, como de la colectiva, partiendo del criterio amplio que acabo de defender al tratar del problema del estado civil del comitente.

Esta es una cuestión que en el Derecho aragonés se plantea en todas aquellas ocasiones en que surgen determinadas relaciones jurídicas entre varias personas, unas aragonesas y otras no (autoridad familiar, tutela, Junta de Parientes, capitulaciones matrimoniales, comunidad conyugal continuada, sucesión paccionada, sucesión intestada, consorcio foral, derecho de abolorio, etc.).

Y lo cierto es que no existe ni una doctrina, ni una jurisprudencia consolidadas y que hayan profundizado en todas las cuestiones que al Derecho conflictual se le pueden plantear con un buen número de instituciones forales o civiles territoriales, y ya no sólo del Derecho aragonés, sino también del resto de los ordenamientos jurídicos que conviven en España. Por ello, al estudioso y al práctico del Derecho no le queda hoy otra solución que analizar cada institución en particular, y aventurar algún tipo de soluciones, utilizando para ello el poco material normativo existente al respecto.

Por mi parte creo que, como antes decía, todo lo concerniente a la fiducia sucesoria aragonesa debe estar referido, en este orden de cosas, a la persona del comitente. Que es la ley personal de éste (y ya hemos visto que, concretamente, la del momento de otorgar la fiducia, y no la que rija en el de su fallecimiento) la que avoca a sí toda la problemática que pueda surgir en torno a la "delegación sucesoria".

Por ello, considero que, siendo determinante para la aplicación del Derecho aragonés la vecindad civil del causante en el momento de configurar instrumentalmente la fiducia, resulta irrelevante la que pueda tener el fiduciario o los fiduciarios en cualquier momento del "iter" de la fiducia, desde que se otorga, hasta que se ejecuta por completo.

Como antes decía, la cuestión alcanza hoy una particular importancia con la aparición de los que he llamado "matrimonios mixtos". En ellos, quien de ambos cónyuges tenga vecindad civil aragonesa podrá prever la ordenación de su sucesión a través de fiduciario, aunque éste no tenga esa misma vecindad. Y no

solamente en el caso de los matrimonios, sino en cualquiera otro en el que un aragonés otorgue fiducia: su fiduciario o fiduciarios podrán tener vecindad civil aragonesa o cualquiera otra; sea uno o varios, parientes o no.

B) Relación con el comitente.

Me planteo aquí la cuestión de si debe exigirse que el fiduciario tenga una determinada relación personal con el comitente. En concreto: si tratándose de persona casada, el fiduciario ha de ser su cónyuge; y si cuando la fiducia se otorga a favor de parientes, estos han de ser los que determina el Art. 115 de la Compilación, para lo que ésta llama "fiducia colectiva".

Con respecto a la primera de ambas cuestiones, ya decía antes, al hablar del estado civil del comitente, que la generalidad de la doctrina considera que en Aragón sólo es posible la fiducia otorgada por persona casada y a favor de su cónyuge. Así, entre otros, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida se limitan a decir al respecto que "en la fiducia ordinaria la Compilación restringe la persona del posible fiduciario al cónyuge"; Adrián Celaya afirma que el Art. 110 de la Compilación aragonesa reserva "el nombramiento de comisario únicamente a los cónyuges" (99); y Asúa González considera que en Aragón el nombramiento de fiduciario tiene "un carácter más familiar, pues sólo puede serlo el cónyuge viudo" (100). Interpretando el Apéndice Foral de 1925, y como una propuesta "de lege ferenda", Mariano Alonso opinaba que si el testador era casado, no separado, y tenía hijos comunes, debía nombrar como fiduciario, necesariamente, a su cónyuge (101). Y actualmente, y para el Derecho de la Compilación, Emilio Latorre, con un criterio todavía más limitado, plantea esa misma exigencia aún no existiendo hijos comunes del matrimonio (102).

Disiento de ambas opiniones. La primera está planteada como un "desideratum" (el autor la formula como cuestión "de lege ferenda"), sin ninguna especial apoyatura legal. Y en cuanto a la segunda, creo que Latorre no acierta a interpretar adecuadamente los preceptos que cita, y en especial, el Art. 114 de la Compilación. Explicaba antes que, a mi juicio, éste se limita a contemplar un supuesto específico de

(99) "El testamento por comisario" cit. pág. 754.

(100) Op. cit. pág. 88.

(101) Op. cit. pág. 555.

(102) Op. cit. pág. 279.

"fiducia colectiva", aquél en el que se trata de nombrar un heredero único en el patrimonio del comitente. Para este caso sí es necesaria en la fiducia la presencia del cónyuge; y no en todo supuesto: el último inciso del párrafo 1 del citado artículo (creo que no tenido en cuenta por Latorre) dice claramente que "el cónyuge sobreviviente... no podrá ser excluido de esta fiducia cuando no quedaren más hijos que los habidos con él"; de lo que, "a sensu contrario", se deduce con toda nitidez que cuando existan otros hijos, además de los comunes, o cuando no haya hijos del matrimonio, el comitente no viene obligado a designar fiduciario a su consorte.

De esta manera, pues, salvo el caso de "fiducia colectiva" dicho, el comitente, aunque esté casado y no separado, puede nombrar fiduciario a cualquier persona, sea o no su cónyuge. La postura contraria, y especialmente la mantenida por Latorre, llevaría al absurdo de exigir a un aragonés divorciado y casado en segundas nupcias, el nombramiento de fiduciario a favor de su nuevo cónyuge, aún existiendo hijos de anterior matrimonio, e incluso, no existiendo descendencia del nuevo. Y es que, además, la vida es muy plural, y resulta muy arriesgado afirmar (que es lo que implícitamente se está haciendo con esas posturas doctrinales) que, siempre y en todo caso, es su cónyuge la persona de mayor confianza para un casado, a la hora de "delegar" su sucesión hereditaria; unas veces, razones de una mala relación personal entre quienes se encuentran unidos por vínculo conyugal, y otras, criterios puramente pragmáticos relacionados con la idoneidad y preparación de quien va a ser llamado para ordenar la sucesión del causante, pueden aconsejar a éste prever el nombramiento de fiduciario a favor de persona distinta de su cónyuge.

La cuestión de los parientes fiduciarios también presenta, a mi juicio, un problema de confusionismo normativo. A primera vista, da la impresión de que el Art. 115 de la Compilación es una continuación lógica del 114; que si en éste se define la especial "fiducia colectiva" para el nombramiento de heredero único a que me vengo refiriendo, el Art. 115 sería un complemento del anterior, dedicado a precisar quiénes son los parientes fiduciarios para esa especial "fiducia colectiva", cuando los mismos no han sido "determinados claramente". Y, sin embargo, no es así. Cuando el apartado 2 de ese Art. 115 determina que "las reglas del presente artículo serán también aplicables a los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando éstas resulten de imposible cumplimiento",

lo que claramente está queriendo decir el precepto es que esas normas del apartado 1 del artículo 115 no están previstas para la especial "fiducia colectiva" del Art. 114 (que es a la que el apartado 2 del precepto se refiere); por tanto, no puede estar aludiendo sino a otros supuestos de "fiducia colectiva", en la que el comitente ha designado a varios parientes, no específica y claramente determinados, para la ordenación de su sucesión. Con ello lo que también está haciendo este precepto foral es excluir la aplicación del Art. 20, 3 y 5 de la Compilación (que determina la composición de la Junta de Parientes según que su formación sea judicial o bajo fe notarial), el cual debe ser considerado así como una norma de carácter general, frente a la especial del Art. 115. Así, pues, este precepto será de obligado cumplimiento en todo supuesto de fiducia colectiva en la que el causante no haya determinado con claridad los parientes llamados a la fiducia. Por el contrario, si los ha designado de forma indubitada (aunque no sea "nominatim"), serán estos parientes llamados por el comitente los que integrarán la fiducia colectiva.

Pero aún más, cuando en su número 1º este artículo dice que serán fiduciarios "si concurre el cónyuge viudo, con él los dos más próximos parientes del causante", no significa, ni mucho menos, que siempre que exista cónyuge viudo, éste haya de ser fiduciario. La expresión "si concurre" debe referirse, no al hecho de que exista cónyuge viudo con derecho a concurrir (porque no haya contraído nuevas nupcias o se haya dictado sentencia de nulidad, divorcio o separación de su matrimonio con el comitente), sino a que el causante haya designado fiduciario a su consorte, junto con los parientes. Y ello, por supuesto, con respecto a la fiducia colectiva ordinaria, pues si se trata de la especial del Art. 114, ya se ha visto que el cónyuge viudo siempre es fiduciario (salvo que se den las causas dichas de su exclusión).

En conclusión, en la fiducia en la que el comitente llama a varios parientes al ejercicio de la "delegación sucesoria", si estos no están claramente determinados, serán llamados a dicha fiducia:

En la fiducia colectiva ordinaria:

- 1º Si el cónyuge viudo ha sido designado por el comitente, y respecto de él no se dan las causas de exclusión previstas en el Art. 110, 1 y 2, con el viudo intervendrán los dos parientes más próximos del causante, de entre sus ascendientes y colaterales. Y fijémos que aquí la Compilación no exige que sean uno de cada línea paterna y materna.

2º Si por cualquier causa no interviene el cónyuge viudo, serán llamados los más próximos parientes del comitente, también de entre sus ascendientes y colaterales, dos por cada una de las líneas paterna y materna.

En la fiducia colectiva especial configurada para el nombramiento de heredero único:

1º Junto a los dos parientes más próximos del causante (sin distinción de línea familiar), el cónyuge viudo, salvo: que haya contraído segundas nupcias, que se haya dictado sentencia de nulidad, divorcio o separación respecto de su matrimonio con el causante, o que éste le haya excluido expresamente porque no existen hijos comunes, o además de éstos, existen hijos de otras procedencias. Y entiendo que estos otros hijos tanto pueden ser del comitente, como de su cónyuge viudo. Por el contrario, en la expresión legal "hijos... habidos con él" entiendo que deben comprenderse no sólo los biológicos y de cualquier origen (por ejemplo, también los procedentes de fecundación "in vitro"), sino igualmente los adoptados. Y, como digo, la exclusión del cónyuge viudo en el caso de quedar más hijos que los comunes, no es automática; se precisa que la misma sea expresamente impuesta por el comitente. Por último, el término "hijos" debe entenderse en sentido limitado; no cabe comprender en él a otros descendientes; de manera que el supuesto de que, por ejemplo, sólo queden nietos comunes, debe equipararse al de que no haya hijos, o subsistan con los comunes, hijos de otras procedencias.

2º No concurriendo el cónyuge (por alguna de las causas indicadas), el supuesto es el mismo que el de la fiducia colectiva ordinaria: son llamados los más próximos parientes del causante, dos por cada una de las líneas paterna y materna.

Hasta aquí he hablado de la fiducia colectiva como la constituída por una serie de parientes del comitente. Para concluir este punto quedaría por saber si también puede el causante constituir una fiducia nombrando como fiduciarios a varias personas que no sean parientes suyos, o que lo sean sólo algunas. Desde luego, ateniéndonos a una interpretación estricta y puramente literal de la Compilación, parece que no cabría esa posibilidad. Sin embargo, pienso que en base al principio "standum est chartae" debería admitirse. De lo contrario, entre otras cosas, se estaría cercenando el

derecho a nombrar fiduciarios a aquellos aragoneses que carecen de parientes, o que, teniéndolos, no son éstos personas de su confianza; y no hace falta realizar una gran prospección sociológica para apercibirse de que ésta es hoy una realidad nada desdeñable; hay casos en los que una persona puede contar más fácilmente, y con mayor confianza, con un reducido grupo de amigos, que con las personas ligadas a ella por vínculos de parentesco. Este argumento es parecido al que antes utilizaba para defender la posibilidad de que las personas solteras, separadas y viudas puedan encomendar la ordenación de su sucesión a un fiduciario, sin que este derecho quede ligado exclusivamente a las personas casadas.

De ser ello así, de admitirse la fiducia colectiva a favor de personas no parientes, habría que concluir que la normativa de los Arts. 114 a 117 de la Compilación no le será de aplicación en todo aquello que haga referencia a los parientes; que su regulación estará presidida por las normas y criterios establecidos por el comitente, y, en su defecto, por las disposiciones de los mencionados preceptos en lo que analógicamente sean aplicables.

C) Capacidad.

En materia de la capacidad a exigir al fiduciario, dos son, principalmente, las cuestiones que se plantean: qué clase de capacidad es la requerida para poder ejercer la fiducia, y en qué momento debe existir la misma. Y con respecto a este último punto, se señalan tres posibilidades: atender al tiempo en el que el comitente designó fiduciario, considerar el momento de su fallecimiento o, por último, tener en cuenta el instante en el que el fiduciario realice el acto o actos de ejecución de la "delegación sucesoria". Y junto a todo ello se plantean, como colaterales, las cuestiones derivadas del posible cambio de capacidad del fiduciario, y de los efectos que hayan de derivarse de la incapacidad, originaria o sobrevenida, de éste.

Es toda ésta una materia muy escasamente tratada, ni en la doctrina, ni en los diferentes ordenamientos civiles españoles. Solamente los Derechos correspondientes a Vizcaya, Navarra y Aragón la contemplan, y con diferencias importantes de uno a otro. Así, mientras la Compilación vasca exige al comisario "la capacidad necesaria para el acto a realizar" (Art. 34, 1), la navarra se limita a contemplar el problema de la capacidad desde la perspectiva de la edad, determinando que "el fiduciario deberá ser mayor de edad", salvo cuando se trate del cónyuge, el cual "bastará que tenga

capacidad para testar" (ley 284, 1). Y, a su vez, ambos textos legales remiten la exigencia de capacidad al momento de ejercitar la "delegación sucesoria".

Entre los autores, Adrián Celaya, para el Derecho de Vizcaya, opinaba de forma distinta en dos momentos diferentes, ambos anteriores a la vigente Compilación vasca de 1 de julio de 1992. En un primer momento decía que, en orden a la exigencia de capacidad al comisario, "hay que atenerse al momento en que se hace uso del poder, no al tiempo en que se otorga el poder testatorio", y de ahí concluía que puede nombrarse comisario a un menor de edad, siempre que haya alcanzado la mayoría en el momento de hacer uso del poder, es decir, de ejercitar los actos en que la "delegación sucesoria" consistan (103). Sin embargo, en otro momento el mismo autor afirma que es al momento del fallecimiento del causante al que hay que atender para determinar la capacidad del comisario, "pues el testamento debe 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" (104).

Con respecto al Derecho aragonés, el Seminario encargado de la redacción del borrador de primer Anteproyecto de Compilación, en las tres propuestas formuladas al respecto remitía la cuestión de la capacidad al momento de ejecutar la fiducia, exigiendo entonces, y no antes, en el fiduciario la capacidad natural y, en concreto, la mayoría de edad. Centrados sólo en este último punto, el mismo criterio pasó a los Anteproyectos elaborados por la Comisión aragonesa en 1962 y 1963. En el de 1965, de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, el requisito de la mayoría de edad se suprimió del precepto referido al cónyuge fiduciario, trasladándolo al nuevo en el que se hablaba de los fiduciarios en general, criterio que se mantuvo en el Anteproyecto de la Comisión General, de 1965, y en el vigente texto compilado, en su Art. 114, 2, referido a la "fiducia colectiva".

El cambio obedece, sin duda alguna, al propio cambio de criterio de la Comisión General con respecto a los trabajos preparatorios aragoneses, al restringir la fiducia exclusivamente al cónyuge; éste, de conformidad con el Art. 4 de la Compilación, por el solo hecho de su matrimonio, siempre será persona mayor de edad.

Dado, sin embargo, el criterio amplio que en toda esta materia estoy defendiendo, supuesta la posibilidad de fiducias distintas de la

(103) Op. cit. en nota (18), pág. 756.

(104) Op. cit. en nota (20), pág. 162.

prevista legalmente a favor del cónyuge, queda por saber si el requisito de la mayoría de edad es exigible o no a todo fiduciario, y en qué momento. Y la duda está, para la fiducia colectiva, en el hecho de que el Art. 114 de la Compilación sólo se refiera a la especial para el nombramiento de heredero único.

Yo creo que el requisito de la mayoría de edad debe exigirse a todo fiduciario. Hay sobradas razones para que ello sea así: en primer lugar, el hecho de que la exigencia de mayoría de edad esté regulada en el apartado 2 del Art. 114 no tiene por qué significar, necesariamente, que la misma está referida en exclusiva a la fiducia colectiva para el nombramiento de heredero único. Ya he dicho que la Compilación aragonesa, en materia de fiducia sucesoria no es precisamente un dechado de perfección, mucho menos, sistemática. La mezcla de criterios y la falta de una adecuada ordenación de los mismos es evidente en esta materia; lo decía hace un momento con respecto al Art. 115; pero cabe decir lo mismo del resto del articulado. Por tanto, bien puede pensarse que, aunque el apartado 1 del Art. 114 se refiera a un supuesto específico de fiducia, el apartado 2 puede contener una norma de carácter general, válida para todo tipo de fiducia, individual o colectiva.

En segundo lugar, la exigencia de mayoría de edad al fiduciario parece de todo punto lógica. La posibilidad legal de hacer testamento a partir de los 14 años no es enteramente comparable con el ejercicio de la fiducia. Creo que ésta debe comportar una mayor responsabilidad, la cual debe presumirse a partir de la mayoría de edad.

Además, piénsese que si ese requisito de la mayoría no se aplicase, en Aragón, y por consecuencia de la norma general del Art. 5 de la Compilación, el fiduciario menor de edad y mayor de catorce años, para llevar a cabo los actos que el ejercicio fiduciario exige, debería contar con la asistencia de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes. Lo que conllevaría la intromisión en la fiducia de unos elementos personales extraños, con los que el causante no ha querido contar.

En conclusión: creo que, en todo caso, el fiduciario habrá de ser mayor de edad y no estar incurso en ninguna suerte de incapacidad, o lo que es igual, tener la capacidad general exigible para los actos que, en ejercicio de la fiducia, va a realizar.

En cuanto al momento en que esa capacidad debe exigirse, yo entiendo que, en general, habrá de estarse al del fallecimiento del

causante. Es en ese momento cuando, en principio, la designación de fiduciario ha de surtir efecto.

Sin embargo, el ejercicio de la fiducia (como veremos con detalle más adelante) puede quedar diferido a un momento posterior. Ello ocurrirá: cuando el fiduciario sea solamente el cónyuge viudo, dado que para él la Compilación no establece plazo alguno para cumplir el cometido fiduciario; cuando "el causante no hubiera fijado plazo de cumplimiento del encargo", y deba ser fijado por el Juez; o cuando el propio causante haya establecido un plazo o un término para la ejecución de la fiducia, o haya sometido la realización de ésta a alguna condición suspensiva.

En todos esos supuestos habrá que plantearse el caso de que el fiduciario carezca de capacidad al tiempo del fallecimiento del causante, pero sí la tenga (la adquiera o readquiera si la había perdido) en el momento en que la fiducia ha de ser ejercitada.

Yo creo que en este punto no puede formularse un criterio general, y que conviene distinguir los siguientes supuestos:

- 1º Si el fiduciario nombrado es un menor de edad, dado que su incapacidad es puramente temporal, si el momento del fallecimiento del causante no coincide con el de ejercicio de la fiducia (por estar sometida a plazo, término o condición, según lo dicho), no habrá inconveniente en aceptarlo como tal fiduciario, si en ese segundo momento ya ha alcanzado la mayoría de edad. Yo creo que a ello se refiere precisamente el Art. 114, 2 de la Compilación al determinar que "los fiduciarios han de ser mayores de edad al tiempo de ejercer su cometido", entendida esta última expresión como "tiempo en que deben ejercer su cometido".
- 2º Creo que igual criterio habría que mantener en cualquier otro supuesto de incapacidad. Si el fiduciario es incapaz (por ejemplo, por causa de algún tipo de enfermedad mental reversible) en el momento del fallecimiento del causante, pero éste ha sometido el ejercicio de la fiducia a un plazo, un término o una condición suspensiva, no debería haber inconveniente en apreciar la capacidad del fiduciario en el momento en el que la fiducia pudiera ejercitarse por haberse cumplido el plazo o el hecho determinante de la condición o haber llegado el término previsto.

Y lo dicho para cualquier fiduciario, creo que es igualmente válido para el cónyuge viudo; en los casos en que el fiduciario no le

haya establecido plazo o término, o le haya condicionado el ejercicio de la fiducia, la plena capacidad para llevar a cabo su cometido habrá que exigírsela en el momento del fallecimiento del causante.

La incapacidad sobrevenida del fiduciario habrá que tratarla igual que la originaria, con la única diferencia que si la fiducia se ha venido ejerciendo, no en un solo acto, sino en actuaciones sucesivas, deberán reputarse válidas las ya llevadas a cabo por el fiduciario cuando éste gozaba de capacidad.

Por último, entiendo que la incapacidad del fiduciario determina la extinción de la fiducia. Con carácter absoluto o relativo, según que se trate de fiduciario único o sean varios los nombrados y la incapacidad no recaiga en todos ellos. Parcialmente se refiere a ello el Art. 116 de la Compilación cuando determina que "el fallecimiento o la incapacitación del cónyuge viudo no impedirá el cumplimiento de la fiducia por los demás fiduciarios", y que "las vacantes de éstos (por incapacidad) se cubrirán conforme a lo dispuesto en el número 2 (en realidad, ahora el 3) del artículo 20" (más adelante insistiré en esta última norma al tratar de la actuación de la Junta de Parientes en la fiducia colectiva).

Y si se produce la extinción total de la fiducia, también como explicaré con detalle en otro capítulo de esta obra, procederá la apertura de la sucesión intestada, salvo que el causante hubiera hecho determinadas previsiones sucesorias en defecto de la fiducia.

CAPITULO V

CONSTITUCION Y NACIMIENTO DE LA FIDUCIA

En todo el "iter" que la fiducia recorre, el Derecho presta especial atención a cuatros momentos perfectamente diferenciados: el de su constitución, el de su nacimiento, el de su ejecución o realización y el de su extinción. Cada uno de ellos produce sus efectos característicos y plantea su propia problemática.

En este capítulo voy a ocuparme de los dos primeros, y dejo para los siguientes el estudio de su ejecución y de su extinción.

1. CONTENIDO DEL ACTO DE CONSTITUCION.

El aragonés que desea "delegar" la ordenación de su sucesión hereditaria en otra persona de su confianza, puede hacerlo en unos términos de gran amplitud, y sin apenas limitaciones legales para ello.

En el capítulo anterior hacía referencia a esa amplitud en lo concerniente a las personas que pueden nombrar y ser nombradas fiduciarios. Me referiré en el presente a todos los demás aspectos que conlleva la constitución de la "delegación sucesoria" en Aragón.

La Compilación vigente sólo contiene unas mínimas exigencias de formalidad, al señalar en su Art. 111 que "la designación de fiduciario... (deberá) constar en testamento o escritura pública".

Ninguna limitación, sin embargo, en todo lo demás concerniente a la constitución de la fiducia. Por ello, y dentro del amplio concepto que creo tiene la expresión "ordenar la sucesión" (y que he defendido en páginas anteriores al hablar del contenido de la fiducia), el causante puede disponer la fiducia en los términos que tenga por conveniente: desde los más amplios, a los más limitados; dando al fiduciario cuantas indicaciones e instrucciones considere oportunas, o

limitándose a designarlo fiduciario, sin restricción alguna. El comitente podrá fijar plazo o término para la ejecución de su encargo o, como es habitual, no hacer señalamiento alguno al respecto.

Ni siquiera será necesario un formulismo especial en el momento de constituir la fiducia: bastará que del documento correspondiente se deduzca con claridad la expresa voluntad del causante de querer "delegar" la ordenación de su sucesión hereditaria, para que la fiducia exista. No será, por tanto, preciso el uso de la palabra "fiduciario", ni ninguna otra similar; no está sujeta la constitución y existencia de la fiducia a fórmula sacramental alguna. A ello se refería el Seminario aragonés cuando se planteaba la posibilidad de constituir la fiducia de forma indirecta ("Nombro sustituto vulgar o fideicomisario a quien instituya heredero la persona X") o tácita ("Instituyo heredero... a aquel de mis hijos que reciba mayor porción en la herencia de la persona X").

Por otra parte, lo normal es que la fiducia se constituya en un solo acto e instrumento. Cabe, sin embargo, que el acto formal de constitución se desdoble en dos o más actuaciones del comitente. Así, por ejemplo, en un primer momento podrá disponer que su sucesión hereditaria se ordene por medio de fiduciario o fiduciarios, y dejar para un momento posterior la designación de éstos; o realizar al principio un primer nombramiento que más adelante completará con el llamamiento de otros fiduciarios nuevos; igualmente, y como se verá enseguida, puede el comitente designar a un determinado fiduciario, cuyo nombramiento revocará más tarde, para sustituirlo por otro.

2. FORMAS PARA CONSTITUIR LA FIDUCIA.

Como antes señalaba, la única limitación legal la tendrá el comitente en lo que concierne a los instrumentos formales a utilizar. Son los que determina el Art. 111 de la Compilación. Y con respecto a éste, una cuestión previa: como vengo exponiendo a lo largo de esta obra, los preceptos que en la Compilación aragonesa regulan la fiducia adolecen de un grave defecto de sistemática, mezclándose en ellos lo que son criterios generales a seguir en todo tipo de fiducia, con los que no suponen sino aspectos parciales de la figura o modalidades específicas de la misma. Pues bien, entiendo que el Art. 111 es de los que cabe incluir entre los preceptos de carácter general, no referido exclusivamente (como aparenta por su colocación sistemática) a la fiducia otorgada a favor del cónyuge, sino a todo

supuesto de "delegación sucesoria" aragonesa, sea individual, sea colectiva.

En estos aspectos formales el Derecho aragonés se alinea con los ordenamientos españoles más permisivos, como son el navarro y el de Ibiza y Formentera, en los que, además del testamento, el causante puede utilizar también, para la constitución de la fiducia y la designación de fiduciario, cualquiera otra escritura pública (y entre ellas, las capitulaciones matrimoniales, específicamente citadas por la ley 281 de la vigente Compilación de Navarra).

Por el contrario, otros Derechos, como el de Cataluña, el de Mallorca y Menorca y el de la Tierra de Ayala, limitan esa designación (de forma expresa o tácita) al testamento. En el Derecho de Vizcaya esa limitación todavía es mayor al exigir el Art. 33 de la Compilación vasca que "el nombramiento de comisario habrá de hacerse en testamento ante Notario". Criterio legal que, como ya decía en la primera parte de esta obra, ha sido criticado severamente por Adrián Celaya, para quien cualquier tipo de testamento debería ser instrumento válido para la designación de comisario.

Veamos a continuación la problemática que ofrece la doble exigencia formal de la Compilación aragonesa: el testamento y la escritura pública.

A) El testamento.

En este punto la legislación aragonesa experimentó un cambio importante durante el proceso de su elaboración. El Seminario aragonés contempló la materia en dos de sus redacciones, y ambas hablaban de forma genérica del "documento público notarial" como el único instrumento posible para la configuración de la fiducia. En su tercera redacción eludía completamente la cuestión, y éste fué el criterio seguido por el primer Anteproyecto de Compilación elaborado por la Comisión aragonesa en 1962. Sin embargo, el siguiente de 1963 retomaba el asunto, y daba un giro importante a los iniciales planteamientos del Seminario: su Art. 48 admitía la posibilidad de nombrar fiduciario "tanto en escritura pública como en testamento"; con una redacción que no dejaba lugar a dudas en el sentido de que el testamento pudiera ser de cualquier clase, y no sólo el otorgado ante notario.

Y ese es, según creo, el sentido que hay que dar a la actual expresión legal "testamento o escritura pública". Esa disyuntiva, contraponiendo

la escritura pública al testamento, no puede significar otra cosa que este último podrá ser de cualquier clase; por tanto, también el otorgado en documento privado, como lo es claramente el ológrafo.

Así, pues, en Aragón el nombramiento de fiduciario puede hacerse en cualquier clase o modalidad testamentaria: notarial, consular, militar, marítimo, ante párroco, ante testigos, cerrado; unipersonal o mancomunado. Este último, junto con la escritura de capitulaciones matrimoniales, es uno de los instrumentos más utilizados en la práctica para la constitución de fiducia; normalmente, cuando ésta viene conferida al cónyuge, el nombramiento de fiduciarios es recíproco entre ambos consortes; una reciprocidad (incluso, una "correspectividad") que encuentra su cauce más adecuado en el testamento mancomunado, por lo que éste encierra, habitualmente, de pacto entre los cónyuges.

Tiene razón Adrián Celaya cuando critica el Art. 33 de la Compilación vasca que exige, para el nombramiento de comisario, el "testamento ante Notario". No se ve la razón por la que una persona pueda hacer testamento de cualquier clase para ordenar por sí su sucesión hereditaria, con la complejidad que ello conlleva, y, sin embargo, para hacerlo por medio de comisario deba acudir, necesariamente, al testamento notarial (105). Además, no admitiendo el Derecho vizcaino más que esta clase de testamento se está cerrando, para sus aforados, un buen número de posibilidades, y negando un derecho sin suficiente justificación; y en algunos casos, con grave quebranto para el testador, como son todos los especiales casos de testamentifacción en grave peligro de muerte (el otorgado sólo ante testigos y algunos militares y marítimos). Precisamente, es en esos difíciles momentos cuando el otorgamiento de fiducia puede tener un especial interés; a quien se encuentra en inminente peligro de muerte puede resultarle hartamente penoso y difícil el prever cabalmente su propia sucesión hereditaria, y mucho más fácil el confiar a una persona —normalmente, su cónyuge— que lo haga por ella más adelante.

B) La escritura pública.

El Art. 111 de la Compilación contrapone al testamento, la escritura pública. En este punto el texto legal aragonés utiliza una terminología precisa respecto de la que no debe plantearse duda alguna.

(105) "Comentarios..." cit., pág. 166.

En primer lugar, y con arreglo a los criterios generalmente aceptados en el Derecho español, la expresión "escritura pública" equivale cabalmente a "documento público notarial". Por tanto, no sirve cualquier otro documento público (Art. 1216 Cc.), sino específicamente el que autoriza un notario (o un Agente Consular español en el extranjero, en cuanto ejerza funciones notariales). Resulta interesante al respecto el reciente Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de diciembre de 1993, en el que, resolviendo un determinado recurso gubernativo, pone de manifiesto la diferente terminología utilizada al respecto por la Compilación aragonesa, hablando en unos casos de "instrumento público" (por ejemplo, el Art. 52. 1º a propósito de la disolución de la comunidad matrimonial legal), y en otros, de "escritura pública"; considerando que mientras en aquél cabe cualquier documento público no notarial (por ejemplo, una sentencia judicial), en el concepto de "escritura pública" sólo cabe integrar las escrituras notariales.

En segundo lugar, al hablar el Art. 111 de la Compilación específicamente de "escritura pública", deja fuera del concepto cualquier otro tipo de documento notarial. Así, frente al criterio mantenido por el Seminario aragonés que acuñó la expresión "documento público notarial", la Compilación considera que para la válida designación de fiduciario no sirve cualquier documento público autorizado por notario, sino concretamente la escritura. Queda así excluida el acta, a través de la cual el notario sólo refleja "los hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos"; por el contrario, la escritura es el instrumento apto para consignar "las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de toda clase" (Art. 144 del Reglamento Notarial).

Ahora bien, el texto legal aragonés no determina una clase concreta de escrituras. Por ello, cualquiera servirá para la constitución de la fiducia y el nombramiento de fiduciario o fiduciarios (y, por supuesto, para su modificación o revocación). (106). Al respecto, resultan de particular interés tres de ellas: las capitulaciones matrimoniales, el pacto sucesorio y el apoderamiento. Como antes decía, normalmente, cuando la fiducia se otorga a favor del cónyuge suele hacerse de forma recíproca entre ambos consortes; muchas veces, en testamento mancomunado, otras, en capitulaciones

(106) En el mismo sentido, Emilio Latorre, en op. cit. oág. 287.

matrimoniales. Estas han sido el instrumento tradicional empleado por los aragoneses para la ordenación de su sucesión hereditaria por medio de fiducia; cuando se bucea en los archivos notariales de Aragón y en la vieja jurisprudencia aragonesa, se descubre que han sido las capitulaciones el medio habitual para esta previsión sucesoria; unas capitulaciones complejas, como lo era en tiempos atrás la propia sucesión de la Casa aragonesa, interviniendo en ellas no sólo los futuros contrayentes, sino también los padres de uno y otro de los desposados (muy propias de un concepto tradicional de la familia, patriarcal y fuertemente jerarquizada). Hoy, sin embargo, los propios cambios sociales y una nueva concepción de la familia (nuclear y más democratizada), han determinado también un cambio en los hábitos de los aragoneses en esta materia; se siguen otorgando capitulaciones matrimoniales, pero ahora para otros fines económicos y familiares distintos (fundamentalmente, para verificar aportaciones de inmuebles a la comunidad conyugal y para el establecimiento del régimen matrimonial de separación de bienes); y la fiducia sucesoria se prevé, habitualmente, en testamento mancomunado.

Otra de las escrituras públicas interesantes a efectos de la ordenación fiduciaria es la que contiene el pacto sucesorio o institución contractual de heredero. Dada la multiplicidad de posibilidades que la Compilación admite al respecto (cfr. Art. 99), en algún supuesto determinado puede ser interesante condicionar la ordenación sucesoria que conlleva habitualmente el pacto, con una previsión fiduciaria entre cónyuges o, incluso, a favor de tercera persona; quedaría así supeditada la institución contractual de heredero a la posible ejecución fiduciaria, de forma similar a como sucede cuando la fiducia se constituye en testamento, y el causante prevé una ordenación sucesoria supletoria, dependiente del ejercicio de la fiducia. La diferencia entre uno y otro supuesto está en el hecho de que mientras en la sucesión testada, los herederos llamados en segundo orden tienen que aceptar la herencia y realizar todos los actos propios para su formalización, en el pacto sucesorio esos llamados en segundo lugar serían ya efectivos herederos si el fiduciario no ejercitaba la fiducia o, por cualquier otro motivo (que más adelante veremos), ésta quedaba extinguida. Un efecto añadido puede ser el que atañe a la revocación de la fiducia (de la que hablaré enseguida), con requisitos distintos según el instrumento público que se haya utilizado para su constitución (según los casos, más rigurosos en el pacto sucesorio que en el testamento mancomunado).

Por fin, una tercera escritura pública mediante la cual es posible constituir fiducia en Aragón es la de apoderamiento. A ella se refiere el notario aragonés Emilio Latorre admitiendo "los poderes como fórmula de declaración unilateral constitutiva de fiducia", pues -añade- "si ésta se puede considerar como un poder 'mortis causa', por la misma razón se puede en una escritura de apoderamiento facultar (¿conceder?) al otro cónyuge la facultad fiduciaria para el momento en que él (el comitente, claro) fallezca" (107).

En la legislación navarra este poder "post mortem" está regulado como una variante de la fiducia sucesoria. La ley 151 de la vigente Compilación, tras admitir las figuras del fiduciario-comisario y del heredero de confianza, determina que "el poder otorgado por el causante para después de su muerte será válido en tanto no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como ejecutor de su voluntad".

Por mi parte, y como apuntaba ya más arriba, lo que creo es que en el Derecho aragonés pueden suscitarse casos -y alguno he tenido ocasión de ver en la práctica- en los que un poder (y, especialmente, de tipo general) otorgado por una persona a favor de otra (y, normalmente, de un cónyuge al otro) esté concebido en tales términos que refleje la clara voluntad de su otorgante de que la eficacia del mismo no se extinga a su fallecimiento, como es lo habitual en la mayor parte de los apoderamientos. Ya decía antes que la constitución de la fiducia y la designación de fiduciario no requieren de un formulismo especial, ni mucho menos de la utilización de términos o palabras rituales o preestablecidas: que basta con que del documento se deduzca la voluntad de efectuar una delegación sucesoria en favor de otra u otras personas, para que la fiducia exista. Pues bien, una escritura de apoderamiento en la que se exprese o de la que se deduzca con suficiente claridad la voluntad de su otorgante de que el apoderado disponga de sus bienes sin limitación temporal alguna, podrá ser, desde luego, una escritura de constitución de fiducia.

3. REVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO.

La fiducia es una institución basada en la confianza y, por tanto, según creo, esencialmente revocable. Además, la eficacia de la fiducia, como la de las disposiciones sucesorias en general, depende del hecho

(107) Op. cit. pág. 287.

mismo de la muerte del comitente; sólo a partir de ese momento puede entrar en funcionamiento el mecanismo fiduciario; por tanto, hasta entonces, el comitente puede variar su voluntad, dejando sin efecto la fiducia constituída, total o parcialmente.

Sin embargo, esta afirmación de principio puede encontrar en la práctica algunos obstáculos, dependiendo de la forma a través de la cual se haya constituído la fiducia: me refiero a los casos en los que ésta no se derive de un acto unilateral del causante, sino aquéllos en los que la misma se encuentre integrada en algún tipo de pacto más o menos plural, y concretamente, la configurada en capitulaciones matrimoniales, en testamento mancomunado o en institución contractual de heredero. En la medida en que la "delegación sucesoria" forme parte del pacto correspondiente, su revocación o modificación quedarán sujetas a los requisitos que la Compilación establece para cada uno de dichos negocios jurídicos.

En materia de capitulaciones matrimoniales, el Art. 28 del texto foral determina que su novación "requerirá la concurrencia de los ascendientes que hayan asistido al otorgamiento... para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, en cuanto la novación afecte a los bienes y derechos recibidos". En estos supuestos habrá que analizar con detalle las capitulaciones para deducir de ellas si la constitución de la fiducia afecta o no a las disposiciones o previsiones otorgadas por los ascendientes; en caso afirmativo, éstos deberán consentir la modificación capitular que conlleve la revocación o alteración del nombramiento fiduciario; en otro caso, éstas dependerán exclusivamente de los cónyuges.

Prevista la fiducia en testamento mancomunado, lo primero que habrá que averiguar es si la misma tiene o no carácter correspectivo (108). De no tenerlo, la revocación o modificación no plantea problema alguno, como en cualquier supuesto de revocación o modificación de un testamento simple (cfr. Art. 96 de la Compilación). Si, por el contrario, tiene carácter correspectivo, su alteración queda sujeta a los requisitos y efectos previstos, para toda disposición correspectiva, por el Art. 98 del texto foral: "La revocación o modificación deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones (las correspectivas)... La falta de

(108) Para un concepto de la "correspectividad" en la Compilación del Derecho civil de Aragón vid. mi trabajo en "Comentarios..." cit., T. XXXIV, vol. 1º, págs. 124 y ss.

notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación”.

Y tratándose de pacto sucesorio, habrá que tener en cuenta el Art. 103, 1 de la Compilación, conforme al cual “las estipulaciones contractuales sólo pueden modificarse o revocarse por pacto sucesorio celebrado con las mismas personas o sus herederos o, siendo entre cónyuges, por testamento mancomunado”. De forma similar a lo dicho para las capitulaciones matrimoniales, habrá que averiguar si la fiducia forma o no parte de la contractualidad del pacto, para, en el primer caso, estar a lo que el artículo citado dispone.

Y todo lo dicho sobre la revocabilidad del nombramiento del fiduciario cabe ampliarlo a cualquiera otra modificación de la fiducia prevista. El causante podrá, en cualquier momento, por sí o con intervención de las personas que la Compilación exige según los casos, realizar cualquier tipo de alteración de la “delegación sucesoria” por él establecida, ampliándola, restringiéndola o, simplemente, variando los diferentes criterios establecidos en su constitución.

4. NACIMIENTO DE LA FIDUCIA.

La fiducia, en su configuración tradicional, no nace en el acto de su constitución por el comitente. Siendo, como es, una disposición de carácter sucesorio, su nacimiento tiene lugar, normalmente, en el instante en que se produce el fallecimiento del causante; momento éste en el que se abre su sucesión hereditaria, y el encargo fiduciario queda en situación de ser ejercitado.

Puede suceder, incluso, que ese nacimiento, por voluntad expresa del comitente, se dilate en el tiempo; ocurrirá así cuando en el momento de su constitución haya sometido el ejercicio de la fiducia a un plazo, pero no final, sino inicial, en el sentido de que el fiduciario no pueda hacer uso de ella sino hasta transcurrido un determinado espacio de tiempo contado desde el fallecimiento del causante. Esta posibilidad guarda un estrecho paralelismo con las prohibiciones de disponer o de partir los bienes hereditarios, previstas por el causante en su testamento cuando desea que su patrimonio permanezca indiviso y en la familia durante un tiempo más o menos largo a partir de su fallecimiento. Pues bien, si la ordenación de su sucesión hereditaria la ha previsto mediante fiducia, esa misma finalidad la puede conseguir disponiendo que el encargo fiduciario no se ejercite durante un plazo determinado; durante ese tiempo no solamente se

producirá una especial situación de pendencia en la herencia del comitente, sino también en el propio ejercicio de la fiducia, que determinará, durante él, el no nacimiento de ésta.

Desde que la fiducia se constituye mediante testamento o cualquiera escritura pública, y hasta que el comitente fallece, se produce una situación de mera "expectativa"; durante ese tiempo el encargo fiduciario no existe sino como mero proyecto, dependiente, en todo caso, de la voluntad del comitente. Este, como antes señalaba, puede modificarlo y aún revocarlo totalmente en cualquier momento. Mientras el comitente viva, no se podrá saber en qué términos, definitivamente, puede actuar el fiduciario, ni siquiera quien o quienes lo van a ser; incluso, si existirá una sola fiducia prevista para todos los bienes de causante, o éste habrá dispuesto de más de una, con el objeto de que su patrimonio sea asignado y repartido por personas distintas, no en actuación fiduciaria colectiva, sino en ejercicios separados e independientes, cada uno de ellos para un grupo o conjunto de bienes y/o derechos del comitente.



CAPITULO VI

EJECUCION DE LA FIDUCIA

Como explicaba en el capítulo anterior, la fiducia, como institución de Derecho Sucesorio que es, depende en su ejecución de un evento incierto a partir del cual entra en funcionamiento toda la normativa que la regula: me refiero, lógicamente, al fallecimiento del comitente. Hasta ese momento la constitución de la fiducia y el nombramiento de fiduciario carecen de eficacia alguna.

Normalmente, pues, al fallecimiento del comitente se abre su sucesión hereditaria y comienzan a entrar en juego las disposiciones atinentes a este momento procesal de la fiducia.

En primer lugar, habrá que estar a las instrucciones y criterios establecidos por el causante en el documento de constitución de la fiducia (entendiendo por tal, también, cualesquiera otros posteriores, en la medida en que sean complementarios del anterior). Frente a ellos se opondrán, sin embargo, aquellas normas de la Compilación que tengan carácter imperativo (enseguida veremos cuáles son), las cuales no podrán ser alteradas ni modificadas ni por el comitente ni por el fiduciario, so pena de nulidad de sus propias disposiciones.

En concreto, y además de otras cuestiones conexas, en este capítulo voy a estudiar la problemática que presentan los Arts. 111 (en cuanto regula el instrumento formal del que los fiduciarios pueden valerse para el cumplimiento de su encargo), el 112 (relativo a las distintas modalidades de ejecución de la fiducia), el 117 (regulador del procedimiento a seguir en la fiducia colectiva), el 116 (que prevé la manera de suplir las vacantes en esta clase de fiducia) y, por fin, el 118 (sobre fijación de plazo para el cumplimiento del encargo fiduciario).

1. ACEPTACION POR EL FIDUCIARIO.

En pura teoría jurídica, la persona designada para cumplir un encargo fiduciario deberá aceptar o repudiar su nombramiento. Digo

en teoría porque en la práctica no es habitual la existencia de un acto formal de aceptación separado del propio cumplimiento del encargo. Normalmente, el fiduciario se limita a ejecutar la fiducia o, como mucho, verifica la aceptación en ese mismo momento. En el primer caso, puede admitirse perfectamente la existencia de una aceptación tácita. Desde luego, la ley no exige al respecto ningún requisito especial, ni impone al fiduciario una formalidad determinada para manifestar su aceptación.

Cabe, sin embargo, que ésta se produzca por separado de la ejecución fiduciaria. El Seminario aragonés, al elaborar el cuestionario que le sirvió de base para la redacción de los primeros borradores de Anteproyecto de Compilación, daba por hecho el caso de una posible aceptación en vida del causante, planteándose entonces la cuestión de si ese acto vinculaba o no al propio fiduciario y a su comitente. Sin embargo, ninguna respuesta dió a tales interrogantes, pues en los textos presentados a la Comisión aragonesa de juristas no aparece referencia alguna a esta materia. Ni tampoco se ocuparon de ella los Anteproyectos subsiguientes, ni la Compilación vigente.

Desde luego, no parece probable que tal tipo de aceptación se produzca en la práctica. Sin embargo, no deja de ser una cuestión interesante que, en algún momento, puede merecer la pena su utilización: estoy pensando, fundamentalmente, en aquellos casos en los que el causante quiera, en vida, dar a conocer el encargo al propio fiduciario y obtener de él un primer asentimiento al respecto. Ello podrá ser de interés en los casos en los que se nombre fiduciario a persona distinta del cónyuge (a los parientes o, incluso, terceros ajenos a la familia si se admite esta posibilidad). Claro que esta posible aceptación no tendrá, a mi juicio, sino un valor puramente moral. Pues, y con ello contesto a las preguntas que se formulaba el Seminario aragonés, no creo que esa aceptación del fiduciario vincule definitivamente ni a éste ni al propio comitente. La fiducia, como vengo explicando, constituye un encargo de estricta confianza; en la medida en que ésta no sustente el nombramiento efectuado, éste deja de tener sentido, y tanto comitente como fiduciario podrán desligarse de su compromiso en cualquier momento: el primero, revocando el nombramiento efectuado, con o sin realización de una nueva designación; y el segundo, renunciando al encargo ya aceptado, expresa o tácitamente. A este último supuesto parece referirse de forma indirecta el Art. 118 de la Compilación, del que hablaré con detalle más adelante. Y, desde luego, entiendo que esa renuncia

puede efectuarla el fiduciario en cualquier momento, tanto en vida del comitente, como una vez fallecido éste.

Evidentemente, la instrumentalización formal de un nombramiento y de una aceptación de fiduciario en vida del comitente no podrá ser otra que la escritura pública (pues, de por sí, el testamento es un documento que no surte efectos mientras el testador vive). En la práctica podrá plantearse algún supuesto de esta índole en capitulaciones matrimoniales o en pacto sucesorio; en la primera, cuando un cónyuge al otro, o ambos recíprocamente, se nombren fiduciarios, y en el mismo documento acepten ya el encargo; y lo mismo cabe decir de la institución contractual de heredero, en la que, además, podrán intervenir y ser fiduciarios otras personas distintas del cónyuge, normalmente, los parientes.

Lo que no impide, sin embargo, y dada la amplitud de criterios formales que, para el nombramiento de fiduciario, prevé la Compilación (según lo dicho en el capítulo anterior), que ese nombramiento y esa aceptación del designado, en vida del comitente, puedan constar en cualquier otro tipo de documento, con tal que se trate de escritura pública. E incluso, que la designación y la aceptación se formalicen en instrumentos separados, y aún distantes en el tiempo.

En este mismo orden de cosas, señalar también que, en puridad, frente a la renuncia del fiduciario, puede también darse su no aceptación. La primera presupondrá una previa aceptación del cargo —en vida del comitente, o fallecido éste—, cuyo abandono técnicamente conlleva la renuncia; la segunda parte del hecho de la no aceptación anterior, y determina la inacción del designado.

Ya veremos más adelante como, en la práctica, ambas producen los mismos resultados.

Y una última cuestión: dado que, conforme al Art. 112 de la Compilación, de la fiducia puede hacerse un uso total o parcial, y aún en tiempos distintos, cabe la posibilidad —nada rara en la práctica— de que, una vez ejecutado parte del encargo fiduciario, y no habiendo agotado todas las posibilidades sucesorias del comitente, para el resto el fiduciario renuncie a la fiducia.

Y digo que no es rara en la práctica porque, por el contrario, es habitual la fórmula en la que el causante ordena y prevé su propia sucesión hereditaria de una manera determinada, para caso de que el fiduciario nombrado no haga uso de la fiducia “en todo o en parte”. Precisamente, en el capítulo II de esta obra, al hablar de las ventajas o

utilidad práctica de la fiducia, apuntaba un supuesto bastante habitual: que el encargo sucesorio se confiera, sólo o principalmente, para que el cónyuge viudo tenga la posibilidad de dejar algún bien hereditario a personas todavía no existentes cuando los cónyuges otorgaron su testamento (por ejemplo, algún nieto, por ser los hijos menores); pero queriendo que, fuera de esta asignación concreta, la herencia, en general, se defiera de la manera prevista por el causante. En estos casos, realizada la atribución o atribuciones fiduciarias concretas, el fiduciario suele renunciar al encargo, dejando así vía libre a la delación testamentaria de la herencia del premuerto.

Esta posibilidad no se dará, por supuesto, en aquellos casos en los que la fiducia se conceda para nombrar un heredero único (cfr. Art. 114 de la Compilación), con cuyo nombramiento el encargo se agota; ni en aquellos otros en los que el propio causante haya determinado de forma expresa, o se deduzca con suficiente claridad de sus disposiciones, que su voluntad es contraria a este fraccionamiento de su sucesión hereditaria: en parte por fiducia, y en parte por otros mecanismos, voluntarios o legales.

2. ACTUACION PERSONAL DEL FIDUCIARIO.

Al hablar en el capítulo II de esta segunda parte de la obra de los caracteres de la fiducia, decía que para todos los ordenamientos se trata de un cargo de carácter personalísimo, por tanto, intransmisible e indelegable. Su principal carácter de cargo de confianza lo impone.

Sin embargo, el que la fiducia sea inherente a la persona del fiduciario no tiene por qué significar que todos los actos que conlleva su ejecución material hayan de ser realizados, necesariamente, por el fiduciario.

Con ello volvemos otra vez a la esencia misma de la "delegación sucesoria". Decía más arriba que en ella una persona sustituye la voluntad sucesoria de otra; que el fiduciario ordena la sucesión del comitente como si de este mismo se tratara (109). Consecuentemente, en lo que concierne a la ejecución de la facultad fiduciaria, el fiduciario podrá actuar en los mismos términos que hubiera podido hacerlo el comitente.

Así lo reconocen de forma expresa algunos ordenamientos civiles españoles: la Compilación de Baleares, en la regulación que hace del "heredero distribuidor" de Mallorca y Menorca, dispone que éste "ha de ejercitar dichas facultades (de elección o distribución) personalmente,

(109) Vid. punto 2 del capítulo II de la PARTE SEGUNDA de esta obra.

pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona"; y la de Navarra, en su ley 282 establece que "la simple ejecución o formalización del acto (fiduciario) podrá delegarse en otra persona, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad".

Y es que en todo supuesto de "delegación sucesoria" puede perfectamente diferenciarse lo que en ella es esencial, de lo que es accidental. Al margen de otras actividades complementarias, en la fiducia existen dos aspectos importantes: uno de carácter personal o subjetivo, consistente en la elección de la persona o personas llamadas a suceder hereditariamente al causante; otro, de naturaleza real o patrimonial, centrado en el "quantum" a asignar o repartir entre los llamados a la sucesión. La determinación, total o parcial, de ambos aspectos corresponderá, en mayor o menor medida, al fiduciario, dependiendo de los criterios del comitente y de la amplitud con que haya configurado la fiducia. En cualquier caso, y en la medida en que el fiduciario tenga que decidir sobre ellos, su decisión será estrictamente personal, por tratarse de cuestiones esenciales e inherentes a su cualidad de fiduciario. Lo mismo podrá decirse de todo aquello que suponga el establecimiento de condiciones, plazos, términos, cargas o modos que, en alguna medida, limiten o condicionen los derechos de los causahabientes designados por fiducia. Todo ello es competencia del fiduciario que éste no puede delegar en otra persona.

Sin embargo, existen otros aspectos de mera ejecución o desarrollo de las actuaciones principales, que sí podrán ser confiadas por el fiduciario a otras personas.

La verdad es que en este orden de cosas no tiene por qué existir diferencias entre las posibilidades que tenía el causante y las que puede tener el fiduciario. Aquél, una vez manifestada su voluntad sucesoria, podía encomendar su ejecución material y formal a otras personas (por ejemplo, al albacea o al contador partidador). Pues exactamente igual debe suceder con el fiduciario: tomadas por él las decisiones esenciales respecto de la sucesión hereditaria de su comitente, la realización efectiva de las mismas podrá encargarlas a otras personas. De esta manera, no parece que exista inconveniente alguno para que el fiduciario nombre albaceas, contadores-partidores o, simplemente, apodere específicamente a alguien para que formalice la elección o adjudicación que él haya decidido.

3. FORMA DE EJECUTAR LA FIDUCIA.

El Art. 111 de la Compilación determina que los actos del fiduciario en cumplimiento de su encargo "deberán constar en testamento o escritura pública".

Este precepto, colocado entre los que regulan en la Compilación la llamada fiducia individual (sólo a favor del cónyuge en interpretación restrictiva, o a favor de cualquiera otra persona, en la interpretación amplia que defiende) no es de aplicación, lógicamente, a la colectiva. Pues como acertadamente señala el notario Emilio Latorre, "si se trata de la fiducia colectiva, le queda vedado el cumplimiento en testamento, por la propia mecánica de su reglamentación, y será sólo la escritura pública el cauce a emplear por los nombrados" (110).

En efecto, mientras, en principio, el fiduciario persona individual no tiene obstáculo alguno para formalizar el cumplimiento del encargo sucesorio por testamento o por escritura pública, en la fiducia colectiva, la actuación en Junta de Parientes impide que la forma testamentaria sea utilizada; principalmente, porque, como más adelante veremos, en esta clase de fiducia se exige la actuación conjunta de todos los designados, y esto, al menos en Aragón, no es posible en un único testamento (y el otorgamiento de varios sería contrario a la unidad de acto que la ejecución fiduciaria y su formalización requieren).

Ahora bien, como señala igualmente Emilio Latorre, también hay un supuesto en el que el fiduciario individual no podrá cumplir el encargo en testamento: será aquél en el que el comitente haya establecido un plazo concreto para la realización de la fiducia (111). En estos casos, la indeterminación en el tiempo de la eficacia del testamento (pues depende del fallecimiento del testador) hace incompatible este medio con la voluntad del causante de que su sucesión se defiera, fiduciariamente, en un plazo o en un término concretos a contar desde su propio fallecimiento.

En cuanto a la forma testamentaria se refiere, cabe aquí repetir todo lo dicho en el capítulo anterior: en especial, que el testamento a utilizar por el fiduciario podrá ser cualquiera, sin que su actuación se vea limitada a solamente el testamento abierto notarial.

Desde luego, también cualquier tipo de escritura pública "inter vivos" será instrumento válido para el ejercicio de la fiducia. Dentro

(110) Op. cit. pág. 290.

(111) Op. cit. pág. 290.

de ellas merecen especial interés, como instrumentos más habituales en la práctica, el pacto sucesorio en todas sus modalidades y la donación de bienes concretos. Esta última es precisamente la que normalmente se utiliza para ese uso parcial de la fiducia, a que antes me refería, cuando el causante prevé la posibilidad de que su fiduciario asigne algún bien concreto a favor de personas todavía no existentes en el momento de constituir la fiducia, como pueden ser los nietos (luego ampliaré esta materia al tratar del título de adjudicación en fiducia).

En tema de forma, independientemente de los instrumentos a utilizar por el fiduciario, se plantean algunas otras cuestiones que conviene analizar por separado:

A) Ejercicio de la fiducia en testamento propio.

La Compilación, como acabamos de ver, admite que la ejecución de la fiducia se haga en testamento, pero no especifica si éste ha de ser un instrumento destinado exclusivamente a la atribución fiduciaria a favor de los beneficiarios elegidos, o si cabe que el fiduciario haga uso del encargo del comitente en el mismo testamento en el que prevea su propia sucesión hereditaria.

La cuestión ha sido tratada de forma expresa en la Compilación del País Vasco, en lo concerniente al testamento por comisario vizcaino. Su Art. 46, 2 dispone que "el cónyuge sobreviviente podrá hacer uso en su propio testamento del poder testatorio concedido por el premuerto, pero sólo para disponer en favor de los hijos y descendientes comunes".

No veo inconveniente alguno para el Derecho aragonés en admitir la posibilidad de que la fiducia, cuando se ejercita por vía testamentaria, se haga en el propio testamento del fiduciario. Es más, en la práctica es un modo habitual de cumplir el encargo fiduciario. Bien es cierto que también es lo habitual que se trate de fiducia otorgada entre cónyuges, en la que los destinatarios de la misma son los hijos comunes (práctica, así, que viene a coincidir con la norma vizcaina).

Sin embargo, y para los supuestos posibles –aunque no habituales– de que la fiducia se haya conferido a favor de persona distinta del cónyuge, o de que la misma pueda estar referida a beneficiarios que no sean, en todo o en parte, hijos comunes, no veo inconveniente para que la sucesión del comitente y la del fiduciario consten en un mismo instrumento público.

Técnicamente, se trata entonces de la existencia de un solo instrumento -testamento en sentido formal- conteniendo dos disposiciones sucesorias distintas, la del comitente y la del fiduciario -testamentos en sentido material-. De alguna manera, similar, aunque no enteramente igual, al testamento mancomunado en el que también se contienen dos ordenaciones sucesorias distintas, la de cada uno de los cónyuges otorgantes; sin embargo, la diferencia entre ambos radica en que mientras en el testamento mancomunado son dos personas las que actúan, con dos voluntades distintas, aunque normalmente confluyentes en un pacto, en el testamento fiduciario es una sola persona la que interviene manifestando dos diferentes voluntades, difícilmente confluyentes en pacto alguno.

De esta materia se ha ocupado recientemente la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 22 de noviembre de 1985. En ella se analiza y da por válido un testamento otorgado por una viuda fiduciaria, en el que ésta, al ejecutar la fiducia encomendada por su difunto consorte, "hizo dos disposiciones distintas y autónomas: la primera, de sus propios bienes, y la segunda, y de forma expresa, de los bienes de su cónyuge... es decir, en un solo acto testamentario se contenían dos disposiciones independientes".

B) Mención expresa de la facultad fiduciaria.

La cuestión que aquí se plantea es la de si, cuando el fiduciario ejecuta el encargo, debe o no hacer constar expresamente que está haciendo uso de la facultad fiduciaria.

La traigo aquí a colación porque en la práctica no faltan profesionales del Derecho en Aragón que consideran defectuoso el documento en el que el fiduciario ejercita su función sin especificar que lo hace en su calidad de tal.

Yo creo, sin embargo, que se trata de una postura excesivamente rigorista y formalista, que carece de suficiente sustento, ni jurídico, ni legal.

En alguna otra legislación española, como es la Compilación de Baleares para el Derecho de Mallorca y Menorca, se contempla justamente el supuesto contrario. Dice al respecto su Art. 19 que "la distribución o elección deberán efectuarse por el distribuidor (equivalente al fiduciario aragonés), ya sea indicando expresamente que usa de dicha facultad, ya sea adoptando disposiciones que necesariamente impliquen el uso de tal facultad".

Y de forma similar, el Art. 149 del vigente Código de Sucesiones de Catalunya: "La elección o distribución deberá efectuarse expresando que se hace uso de tal facultad, salvo que así resulte claramente de la propia distribución o elección" (regla 2ª).

Creo que se trata de unas normas de todo punto lógicas, perfectamente asumibles por cualquier ordenamiento civil, a menos que éste contenga disposición contraria. Lo que no es el caso del Derecho aragonés. Pienso que en Aragón el uso de la facultad fiduciaria no está sujeto a formulismo o ritual alguno, y que no tiene más límites formales que los propios contenidos en la Compilación.

Antes decía que es práctica habitual en la fiducia concedida entre cónyuges, que el ejercicio de la misma lo realice el viudo en su propio testamento. Pues bien, no me parece que ese testamento carezca de validez por el hecho de que su otorgante no distinga, al realizar las disposiciones sucesorias, entre sus propios bienes y los de su cónyuge premuerto; bastará con que del testamento se desprenda con claridad que ha querido disponer de todos, aunque no lo especifique, y aunque no mencione su condición de fiduciario, siempre que la fiducia exista.

Así lo ha puesto también de manifiesto la Audiencia Territorial de Zaragoza en la sentencia que antes mencionaba, de 22 de noviembre de 1985: "Aunque la Compilación del Derecho Civil en Aragón no exige que cuando el fiduciario hace uso del encargo conferido por el cónyuge premuerto así lo manifieste... ello no quiere decir que no sea necesario que conste claramente que se está ordenando la sucesión de su cónyuge".

Pues si ello puede afirmarse del testamento, no hay razón para que no suceda lo mismo cuando la fiducia se ejecuta mediante escritura pública "inter vivos". Lo importante, realmente, al disponer en ella de bienes ajenos es que quien lo hace tenga la condición de fiduciario, no tanto que manifieste expresamente que hace uso de la fiducia, siempre, por supuesto, que pueda distinguirse cabalmente entre las disposiciones atinentes a sus bienes y las que hacen referencia a los bienes del comitente.

Mucho más importante, como vamos a ver seguidamente, es que el fiduciario determine el título exacto de la adjudicación que realiza por delegación del comitente, si la misma es libre o sujeta a cualquier tipo de condición o carga, y si es o no revocable. De todo ello me ocupó a continuación.

4. TITULO DE LA ADJUDICACION FIDUCIARIA.

La fiducia no es en sí misma un título de adjudicación. En realidad no es más el mecanismo del que comitente y fiduciario se sirven para ordenar el segundo la sucesión del primero. Salvando las distancias habidas por su diferente naturaleza, puede decirse que la fiducia es "como" el poder cuando una persona actúa en representación de otra; cuando el apoderado transmite unos bienes en nombre y representación de su poderdante, no puede decirse que el título de adjudicación al transmisario sea el poder; el título será el que corresponda al negocio jurídico previsto por el poderdante para efectuar la transmisión. De modo similar, en el ejercicio que se haga de la fiducia, la transmisión, actual o futura, a los beneficiarios, causahabientes del comitente, tendrá un determinado título, el que el comitente haya decidido previamente, o el que libremente determine el fiduciario en defecto de instrucciones concretas del causante.

En estos supuestos de plena libertad de actuación, lo primero que tendrá que decidir el fiduciario es si la institución y/o atribución patrimonial la verifica "mortis causa" o "inter vivos".

En el primer caso, si para ello hace uso del testamento o del pacto sucesorio.

Si utiliza el testamento, la adjudicación fiduciaria tendrá, normalmente, el carácter de institución de heredero o de legado, con todas las variantes que una y otro admiten en Derecho.

Lo mismo sucederá si el fiduciario usa del pacto sucesorio, pues en él podrá instituir heredero o herederos, o verificar asignaciones concretas a los beneficiarios.

Y en relación con ello, y a veces, mezclándose, la donación. Que si tiene carácter universal o se trata de donación "mortis causa" de bienes singulares, equivaldrá o tendrá el carácter de institución contractual de heredero o pacto sucesorio (cfr. Art. 101 de la Compilación).

Pero cabe que la asignación fiduciaria se realice en acto "inter vivos" con carácter singular, en cuyo caso nos encontraremos con un supuesto de donación, pura, remuneratoria o modalizada, según las propias disposiciones del fiduciario.

Y todos los indicados títulos cumplen, según creo, con el carácter de atribución sucesoria que la fiducia conlleva, pues incluso la donación entre vivos tiene en Aragón un cierto carácter sucesorio,

como tradicionalmente reconoce la doctrina y la jurisprudencia. Además de que, como queda dicho, en orden a la atribución de los bienes del causante, el fiduciario goza de las mismas atribuciones que su comitente tenía en vida; y, desde luego, la donación es uno de los negocios jurídicos de los que un aragonés puede valerse para, anticipadamente, disponer "sucesoriamente" de sus bienes.

Salvo expresas instrucciones del comitente, el uso de unos u otros instrumentos de asignación dependerá de los efectos y consecuencias que el fiduciario quiera obtener.

Así, con el uso del testamento queda clara la voluntad del comisario de deferir la herencia del causante al momento de su propio fallecimiento, o lo que es igual, mantener durante toda su vida el control del patrimonio hereditario confiado en fiducia; con la posibilidad sobreañadida, como se verá seguidamente, de modificar su voluntad, en cualquier momento, mediante un nuevo otorgamiento fiduciario, alterando o revocando su disposición anterior.

La utilización del pacto sucesorio o institución contractual de heredero puede tener para el fiduciario las mismas o parecidas ventajas que, en su caso, hubiera tenido para el comitente. Dada la amplitud con esta figura sucesoria viene contemplada en la Compilación aragonesa (cfr. Arts. 99 y 100), no me cabe la menor duda de que el fiduciario, sustituyendo la voluntad del causante, podrá disponer sucesoriamente de los bienes de éste mediante institución contractual de heredero, pactada con los beneficiarios de la fiducia, y, como señala el Art. 100 de la Compilación, conteniendo "cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen". E, indudablemente, al pacto así convenido le serán de aplicación los preceptos -Arts. 99 a 109- que en la Compilación lo regulan específicamente.

Por fin, el fiduciario podrá tener interés en asignar bienes concretos del comitente mediante negocio jurídico "inter vivos", es decir, mediante donación. Normalmente, este instrumento será el adecuado cuando se pretenda una transmisión efectiva y actual de la propiedad de los bienes asignados. Además, mediante la donación el fiduciario podrá conseguir del beneficiario algún tipo de contraprestación, personal o económica, en beneficio propio o de tercera persona (por ejemplo, algún hermano del propio donatario),

acudiendo a las figuras de la donación remuneratoria o de la donación modal (cfr. Art. 619 del Código civil).

Todos los indicados títulos de transmisión fiduciaria no son, en principio, ni incompatibles ni excluyentes. Quiero decir que mientras no se agote la ordenación sucesoria del comitente, el fiduciario, y en tanto las normas que regulen un determinado título ya utilizado no lo impidan, podrá hacer uso de otro distinto en sucesivas actuaciones.

5. REVOCABILIDAD DE LA ATRIBUCION FIDUCIARIA.

Desde luego, como antes ya apuntaba, de la utilización de unos u otros títulos, podrán derivarse efectos y consecuencias diferentes. Uno de ellos, quizás el más importante a efectos de la fiducia, es el que hace referencia a la revocabilidad o irrevocabilidad de las asignaciones verificadas.

En general, los distintos ordenamientos civiles españoles suelen distinguir, como hace hoy la Compilación aragonesa, entre las dos diferentes clases de documentos mediante los que puede hacerse efectiva la fiducia, los "inter vivos" y los "mortis causa"; declarando irrevocable la disposición fiduciaria que se haga a través de los primeros, y revocable la hecha en los segundos, con excepción, respecto de éstos, de los que tengan el carácter de pacto sucesorio (ver leyes 286 y 114 de la Compilación de Navarra).

En este punto, la Compilación aragonesa, tras diversos ensayos en los distintos Anteproyectos que la precedieron, quedó finalmente en unos términos de gran simplicidad, y que inducen a no pocas confusiones, por inexactos e imprecisos. Dice al respecto el Art. 111 que "valdrá la última voluntad cuando la ejecución del encargo se haga en testamento, y serán irrevocables los actos otorgados entre vivos".

Resalta enseguida en este artículo la contraposición —muy propia del Derecho del Código civil, pero inadecuada para el aragonés— entre testamento y acto "inter vivos".

En primer lugar, parece olvidar el legislador uno de los negocios más importantes de los que en Aragón se emplean para la transmisión sucesoria del patrimonio de una persona: el pacto sucesorio o institución contractual de heredero, que ni es testamento, ni puede calificársele estrictamente de acto entre vivos, dado su carácter claramente sucesorio; y al que no es de aplicación ni la estricta revocabilidad del testamento, ni la total irrevocabilidad que el

legislador pretende para el acto "inter vivos". La ejecución de fiducia llevada a cabo mediante institución contractual de heredero quedará sujeta, en lo concerniente a su posible revocación, a lo que dispone el Art. 103, 1 de la Compilación en orden a la modificación de las estipulaciones contractuales convenidas en pacto sucesorio. Es decir, si el fiduciario que ha hecho uso, total o parcial, de la fiducia a través de dicho pacto, desea modificar o revocar íntegramente las atribuciones y nombramientos concertados, deberá proceder a la celebración de un nuevo pacto, con las mismas personas que intervinieron en el primero o sus herederos; y si el pacto fué celebrado sólo entre cónyuges, la modificación podrá efectuarse, de mutuo acuerdo, en testamento mancomunado.

Una doble limitación, pues, la que se impone a la revocación de la actuación fiduciaria llevada a cabo mediante pacto sucesorio: 1ª que, formalmente, se lleve a cabo en un instrumento de la misma naturaleza (salvo el testamento mancomunado para los cónyuges); y 2ª que la revocación cuente con el consentimiento de las mismas personas que intervinieron en el pacto inicial.

Ahora bien, ello será así siempre que la ejecución fiduciaria se encuentre entre las estipulaciones contractuales del pacto, pues en otro caso la revocación podría llevarla a cabo el fiduciario por cualquier otro conducto o mecanismo, según los casos.

Pero hay también otros supuestos en los que el pacto sucesorio y, por tanto, la fiducia integrada en él es revocable. A ellos se refiere el Art. 103, 3 de la Compilación: "Podrá también el disponente revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código Civil sobre donaciones; pero el incumplimiento de condiciones o cargas habrá de ser grave, según parecer de la Junta de Parientes". Esa remisión que el texto foral hace al Código Civil, lógicamente se refiere a los supuestos de ingratitud, supervivencia o sobreveniencia de hijos, e incumplimiento del modo impuesto al donatario, regulados en los Arts. 644 a 653 del Código. No voy a entrar ahora en el detalle de esta materia, que dejo para más adelante, cuando en este mismo epígrafe hable de la revocabilidad de la fiducia ejercida por medio de donación. Solamente, advertir dos aspectos importantes. Uno, la doble especialidad foral en materia de revocación del pacto sucesorio por incumplimiento del modo ("condiciones o cargas" al decir de la Compilación): de una parte, la exigencia legal de que el incumplimiento sea grave; y de otra, la entrada en juego de la Junta de Parientes para juzgar acerca del incumplimiento y de la gravedad. El otro aspecto, válido también para las donaciones ordinarias (es

decir, las no configuradas como pactos sucesorios), es que las causas de revocación citadas deben hacer referencia, esencialmente, al comitente, pero no al fiduciario; es decir, que cuando se hable de supervivencia o sobreveniencia de hijos, debe referirse a hijos del causante; y cuando, de ingratitude, de actos del donatario, beneficiario de la fiducia, cometidos contra la persona de su causante, y no contra el fiduciario.

Volveré sobre todo ello más adelante.

Volviendo al contenido del apartado 2 del Art. 111 de la Compilación, tampoco me parece correcta, por inexacta, la afirmación que el texto legal hace de que "serán irrevocables los actos otorgados entre vivos". Por todo cuanto diré a continuación, yo creo que esa frase necesita de una interpretación correctora de su aparente significado literal. No puede querer decir que toda ejecución de fiducia fuera de testamento es un acto irrevocable en todo caso. Para empezar, ya hemos visto que la ejecución fiduciaria llevada a cabo mediante pacto sucesorio puede ser revocada, cumpliendo con los requisitos que dispone el Art. 103 de la Compilación. Y enseguida veremos otros importantes supuestos de revocación, o mejor, de revocabilidad de la fiducia practicada en documentos "inter vivos". Por ello, me atrevo a anticipar que la expresión final del Art. 111, 2 del texto foral no puede querer significar otra cosa que en caso de fiducia ejecutada fuera de testamento, su revocación no puede quedar exclusivamente al arbitrio del fiduciario.

Porque, aparte lo dicho sobre el pacto sucesorio, serán revocables todos los actos de ejecución fiduciaria cuya posible revocación haya sido prevista en el documento correspondiente. A este respecto, en los primeros Anteproyectos de Compilación, los elaborados en 1961, 1962 y 1963 por el Seminario y la Comisión de juristas, se preveía un supuesto concreto de cierto interés: en la fiducia colectiva, participando el cónyuge y los parientes, al ejecutarla conjuntamente podía convenirse que la misma fuera revocable hasta la muerte del cónyuge viudo. Creo que esta posibilidad sigue hoy existiendo, incluso ampliada a cualquier otro supuesto -y tanto en la fiducia colectiva, como en la individual- en el que se pacte o el fiduciario disponga el carácter revocable de la atribución verificada. Lo mismo sucederá en los casos de ejecución fiduciaria sujeta a condición resolutoria. De la misma manera que el causante hubiera podido establecer, en su ordenación sucesoria, cualquier tipo de condicionante que hiciera revocable la misma, también el fiduciario, en cuanto actuante de la voluntad del comitente, puede someter su

asignación o elección fiduciaria a cualquier supuesto de revocabilidad. Lo importante es que la misma sea pactada o dispuesta unilateralmente por el fiduciario, de forma expresa y clara, en el propio documento de ejecución fiduciaria; de tal manera que el beneficiario sepa en todo momento la posibilidad de que su elección o atribución puede dejar de existir por consecuencia de la revocación convenida o establecida. En este contexto sigue teniendo plena vigencia la interpretación que antes hacía de la irrevocabilidad preconizada por el Art. 111, 2 de la Compilación: si en el acto de ejecución fiduciaria no se ha previsto supuesto alguno de revocación, el fiduciario no podrá llevar a cabo ésta; y si se ha previsto, podrá efectuar la revocación, pero sometiéndose estrictamente a los términos previstos para ella.

Hay, por último, un tipo de negocio otorgado mediante documento entre vivos, en el que la revocación es siempre posible cuando se den algunas de las circunstancias previstas por la ley: me refiero a la donación ordinaria, es decir, aquélla que no tiene la consideración de pacto sucesorio –o porque no es universal, o porque es singular no “mortis causa”. Cuando el fiduciario, sustituyendo la voluntad del causante, decida hacer uso de la fiducia mediante uno o varios actos de donación a favor de los causahabientes elegidos, la misma quedará afecta a los supuestos de revocación de donaciones antes ya mencionados para el pacto sucesorio, es decir, por ingratitud, por supervivencia o sobrevenencia de hijos y por incumplimiento de cargas o modos impuestos en la transmisión.

Lo primero a tener en cuenta para estos supuestos es, como decía para el pacto sucesorio, que las causas que provoquen la revocación de la liberalidad deberán hacer referencia a la persona del comitente, y no al fiduciario, pues es de aquél, y no de éste, de quien debe entenderse que el donatario trae causa en la transmisión gratuita que, por fiducia, se realiza a su favor.

Veamos a continuación en qué términos es aplicable el Código civil para la posible revocación de las donaciones fiduciarias.

El Art. 644 determina que toda donación hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes será revocable, en primer lugar, si el donante tiene hijos después de la donación, aunque sean póstumos. Lógicamente, en su aplicación a la fiducia sólo podrá darse esta última circunstancia, es decir, que tras la muerte del comitente, el fiduciario haya ejercitado la fiducia en el tiempo en que la pareja del fallecido se encontraba embarazada, y tras ambos hechos, da a luz un

hijo que lo sea del causante. Es el supuesto que el Código califica de superveniencia de hijos.

El segundo a que el propio Art. 644 del Código se refiere es el de supervivencia de hijos. Dice el precepto que la donación también será revocable si resulta vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación. Que, traducido al supuesto de donación en fiducia, debe entenderse en el sentido de que el fiduciario reputara muerto a un hijo de su comitente, que luego resulta vivo.

Son dos casos lógicos de revocabilidad, pues piénsese que, en general, la fiducia está otorgada para elegir heredero o distribuir los bienes del causante, entre sus hijos y descendientes. El hecho de que tras el ejercicio de la fiducia nazca un hijo del causante, o resulte vivo el que se creía que había fallecido, son dos eventos de gran trascendencia que pueden alterar substancialmente el ejercicio fiduciario ya realizado. La ley permite que la donación pueda ser revocada, presumiendo que el donante —en este caso el fiduciario— hubiera ordenado la sucesión del causante de forma distinta de haber conocido la sobreveniencia o la supervivencia de algún otro hijo de su comitente.

No es momento ahora de entrar en detalle en el análisis de estos interesantes artículos del Código. Básteme aquí con resaltar lo que yo creo que son las aplicaciones que de los mismos hay que hacer al caso de las donaciones efectuadas por fiducia.

En primer lugar, hacer constar que la acción de revocación depende, en todo caso, de la voluntad del fiduciario. De manera que éste, si lo desea, puede mantener la donación efectuada pese a la supervivencia o superveniencia de hijos del causante. O puede revocar unas determinadas donaciones y dejar inalteradas otras. Porque el hecho de que, conforme al Art. 646, 2 del Código, la acción de revocación sea irrenunciable, lo único que quiere significar es que, durante el plazo para su ejercicio, no será válido el acto por el cual en este caso el fiduciario renuncie a la acción; pero no que, necesariamente, haya de ejercitarla. En todo caso, y como señala el citado Art. 646, la acción de revocación prescribe a los cinco años, "contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto".

Dice también el mencionado precepto que "esta acción... se transmite, por muerte del donante, a los hijos y sus descendientes". Yo creo que, para la fiducia, esa norma debe interpretarse en el sentido de que fallecido el fiduciario sin haber ejercitado la acción de

revocación, teniendo causa para ello, el derecho a su ejercicio se transmite a los hijos y demás descendientes del comitente.

Si se ejercita la revocación, los bienes donados deberán reintegrarse a la masa hereditaria del causante, y si no existen, su valor, apreciado al tiempo de hacer la donación (cfr. Art. 645, 1 del Código); y sobre unos u otro, el fiduciario podrá volver a hacer uso de la fiducia. Si se encuentran hipotecados (o gravados con cualquier otro derecho de garantía, según creo), el fiduciario podrá liberarlos de la carga, abonando la deuda por ésta garantizada, "con derecho a reclamarla del donatario" (Art. 645, 2).

La donación fiduciaria puede ser revocada también por el fiduciario por incumplimiento, por parte del donatario, de alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este caso, la norma es más severa: los bienes deberán reintegrarse al patrimonio hereditario del causante, "quedando nulas las donaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos (los bienes donados) hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria" (cfr. Art. 647 del Código civil).

Por último, la revocación de donaciones otorgadas en ejercicio de la fiducia puede provenir también por causa de ingratitud. Aquí, más aún que en los supuestos de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, conviene tener muy presente que la causa que dé origen a la revocación deberá estar directamente relacionada, no con la persona del fiduciario, sino con la del causante. Por ello, no todas las causas de ingratitud que enumera el Art. 648 del Código son aplicables a la donación fiduciaria. Concretamente, la señalada en su punto 3º -negación indebida de alimentos al donante- no creo que sea aquí de aplicación; de la redacción que le da el Código se desprende que esa negativa ha de ser actual, es decir, tras efectuarse la donación, lo cual resulta inaplicable al supuesto de fiducia. Sí que pueden ser de aplicación, por el contrario, las otras dos causas citadas por el precepto: que el donatario cometa algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante, es decir, del causante, o que le impute alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe ("a menos que el delito hubiese sido cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituídos bajo su autoridad"). Es indudable la posibilidad de que una persona atente, en los términos que señala el Código, contra otra ya fallecida. La persona muerta (o sea, el cadáver), su honor y sus bienes pueden sufrir agresiones actuales por quien ha resultado ser causahabiente suyo por fiducia; y en la misma medida que ello

sucedá, el fiduciario tendrá derecho a ejercitar la acción de revocación por ingratitud contra la persona de su comitente.

Esta acción es igualmente irrenunciable, y podrá ejercitarse en el plazo de un año, contado desde que el fiduciario tuvo conocimiento de los hechos y posibilidad de ejercitarla (cfr. Art. 652). Es una acción intransmisible a los herederos del comitente, si el fiduciario, pudiendo, no la hubiese ejercitado; ni se podrá dirigir contra los herederos del donatario, "a no ser que a la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda" (cfr. Art. 653). En materia de restitución de los bienes y percepción de los frutos, se estará a lo que disponen los Arts. 649 a 651 del Código, aplicables a la fiducia en los términos que ya he explicado más arriba para otros supuestos de revocación.

6. MODALIDADES DE EJECUCION.

La norma del Art. 112 de la Compilación, con la actual o parecida redacción, ha estado presente en todo el proceso de elaboración del texto foral. El Apéndice de 1925, por el contrario, no hacía referencia alguna a la materia.

Dispone el vigente texto compilado que "el fiduciario podrá hacer uso total o parcial, y aún en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante hubiere dispuesto otra cosa". (112).

Como es lógico, la norma fundamental al respecto vuelve a ser la voluntad del causante. Este, en el instrumento de constitución de la fiducia y designación de fiduciario, podrá establecer los criterios que crea convenientes en orden a la ejecución de su encargo; por ejemplo, determinando que el mismo se cumpla en un solo acto.

En caso contrario, en Aragón el fiduciario goza de una muy amplia libertad para poder ordenar la sucesión del comitente como considere mejor. Así, como señala la Compilación, podrá ejercitar la fiducia de una sola vez, o mediante actuaciones sucesivas. Esta última fórmula es la que generalmente se emplea en la práctica para hacer donaciones de bienes concretos, en tanto que la actuación en un solo acto es más propia del testamento (sin perjuicio de su revocabilidad en todo momento, en vida del fiduciario) y del pacto sucesorio o institución contractual de heredero.

Dado que en el Derecho aragonés la legítima es global, de manera que la misma puede ser distribuída "igual o desigualmente entre

(112) Fórmula similar a la utilizada por la Compilación vasca en su Art. 45.

todos o varios descendientes, o atribuirla a uno solo" (Art. 119 de la Compilación), ese ejercicio parcial y distante en el tiempo de la fiducia no planteará ningún problema cuando el reparto de los bienes del causante tenga lugar solamente entre sus legitimarios. Además, en Aragón no procede la colación de liberalidades, salvo que el causante la haya impuesto en testamento u otro documento público (cfr. Art. 140 de la Compilación).

Sin embargo, el problema puede surgir si el fiduciario hace uso de la fiducia para verificar atribuciones a personas que no sean legitimarios del comitente, existiendo éstos. En ese caso entrará en juego toda la normativa sobre inoficiosidad de liberalidades, prevista en los Arts. 654 a 656 del Código civil, a los que creo remite el inciso final del Art. 140 de la Compilación.

No es momento ahora de tratar esta interesante y problemática materia en toda su amplitud. Para ello me remito a otro lugar (113). Únicamente señalar aquí que el Art. 654 del Código, en su aplicación al caso que ahora nos ocupa —exceso en las liberalidades efectuadas por el fiduciario, lesionando la legítima de los herederos forzosos del comitente— exige una cierta interpretación correctora. Téngase en cuenta que la inoficiosidad surge, en circunstancias normales, al fallecimiento del causante, cuando sus legitimarios comprueban que éste, en vida, hizo donaciones que, computado su valor con relación al total de la herencia y al tiempo del fallecimiento del donante, exceden de lo que éste podía haber donado con cargo al tercio libre (cfr. Arts. 654 y 1045 del Código civil). Pero no puede ser igual en el caso de donaciones fiduciarias, máxime si, como permite la Compilación, son otorgadas en momentos sucesivos distintos. A mi modo de ver, la acción de reducción por inoficiosidad podrá plantearla un legitimario en el momento que compruebe que una determinada donación hecha por el fiduciario excede en su valor del tercio de libre disposición del patrimonio hereditario del causante, valorado a la fecha de su fallecimiento. A partir de ese momento, el fiduciario carecerá de legitimidad para efectuar ninguna otra liberalidad, como no sea a favor de los propios legitimarios.

Por último, señalar una vez más que el Art. 112 de la Compilación, como sucede con otros, no está referido a un solo tipo de fiducia, sino que es de aplicación general a toda modalidad de la misma, ya sea individual o colectiva.

(113) José-Luis Merino Hernández, "Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés", en Libro Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, volumen segundo, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 1747 y ss.

7. PLAZO PARA LA EJECUCION.

En relación con la materia comentada en el epígrafe anterior, y afectando también a la clase de instrumento público a utilizar en el ejercicio de la fiducia, se encuentra la cuestión del plazo dentro del cual el fiduciario puede y debe llevar a cabo el encargo que le ha sido conferido por el comitente.

De esta cuestión no se ocupaba el Apéndice foral.

Desde los primeros trabajos preparatorios de la Compilación, fué ésta una materia que mereció especial atención de sus elaboradores, introduciendo una norma que, prácticamente sin alteración alguna, ha trascendido hasta el texto legal vigente en su Art. 118. Un precepto del que lo primero a destacar, como de otros contenidos en este mismo Capítulo de la Compilación, es su aplicación general a todo supuesto de fiducia, y no solamente a la colectiva, como a primera vista podría erróneamente deducirse de su equívoca colocación sistemática.

La del plazo es una cuestión de la que también se ocupan otras legislaciones territoriales, proponiendo fórmulas diferentes (114). En todas ellas, y de forma similar a como se prevé en la aragonesa, se suele hacer una distinción, expresa o tácita, de los distintos supuestos de fiducia, según sea o no fiduciario el cónyuge viudo, confiriendo a éste una mayor amplitud temporal de actuación.

Este es también el sentido del citado Art. 118 de la Compilación aragonesa. De él se pueden entresacar tres supuestos diferentes: 1º Que el comitente haya establecido plazo para la ejecución de la fiducia, cualquiera que sea el fiduciario; 2º Que no lo haya establecido, y el fiduciario sea el cónyuge viudo; 3º Sin fijación previa de plazo, sea fiduciario otra u otras personas distintas del cónyuge.

El primer supuesto al que atiende la ley es el de fijación de plazo por el comitente. En efecto, en el documento de constitución de la fiducia el causante puede haber previsto un tiempo concreto, contado a partir del momento de su fallecimiento, dentro del cual el fiduciario deberá cumplir su encargo. Se impone, así, la voluntad del causante por encima de cualesquiera otras consideraciones. Al igual que Emilio

(114) Vid. Arts. 149, 6º del Código de Sucesiones de Catalunya, y 44 de la Compilación del País Vasco.

Latorre, considero que ese plazo obligará a todo fiduciario, incluso al cónyuge viudo cuando lo sea (115).

La fijación de un plazo por el comitente obliga, pues, al fiduciario a ejecutar el encargo dentro de él. Entiendo que ese plazo, y salvo previsión en contrario del comitente, tendrá un carácter preclusivo, de manera que, a su finalización, la fiducia quedará extinguida, produciéndose entonces los efectos propios de todo supuesto de extinción fiduciaria, a los que me referiré en otro capítulo de esta obra.

Puede suceder que a la conclusión del plazo, el fiduciario haya ejecutado la fiducia sólo en parte. Habrá que estar entonces, una vez más, a la voluntad del causante: si éste ha dispuesto expresamente, o así se deduce de sus manifestaciones, que su sucesión hereditaria sea ordenada con una unidad de título, fiduciario o no, y no fragmentariamente, habrá que considerar que los actos parciales del fiduciario son ineficaces, y extinguida que sea la fiducia, los bienes ya atribuidos deberán reintegrarse a la masa de la herencia para su distribución de la forma que proceda. Podría considerarse éste como un caso de atribución fiduciaria bajo posible condición resolutoria, y así debería hacerse constar en el título de adjudicación y en el correspondiente asiento del Registro de la Propiedad cuando se trate de inmuebles.

Por el contrario, el propio fiduciario ha podido prever una ejecución parcial de fiducia (en la práctica suele ser habitual una fórmula parecida a esta: "En caso de fallecimiento del fiduciario sin haber hecho uso, total o parcial, de la facultad fiduciaria..."), en cuyo caso, llegado el cumplimiento del plazo y extinguida la facultad fiduciaria, los actos ejecutados por el fiduciario con anterioridad quedarán válidos y eficaces, y se procederá, con respecto a los demás bienes del causante, en la forma que corresponda.

La fijación de un plazo por el comitente afecta también al instrumento a utilizar por el fiduciario para la ejecución de su encargo. En principio, y tratándose especialmente de fiduciario único, éste podrá hacer uso de cualquier documento admitido por la ley: testamento, pacto sucesorio o donación. Sin embargo, en la medida en que alguno de ellos puede tener una eficacia que traspase en el tiempo el plazo concedido por el comitente, deberá considerarse que la fiducia ejecutada a su través deja de ser efectiva, en todo o en parte.

(115) Op. cit. pág. 335.

Así, el fiduciario con plazo determinado de ejecución no debería poder utilizar el testamento como instrumento de asignación fiduciaria, dado lo incierto del momento en que este surtirá efecto (fallecimiento del testador). No obstante, si lo utiliza y fallece con posterioridad al cumplimiento del plazo ordenado por el comitente, la fiducia quedará extinguida al vencimiento de este, y la ordenación de la sucesión del comitente dejará de ser fiduciaria.

En la fiducia realizada mediante pacto sucesorio habrá que atender a las propias disposiciones y estipulaciones contractuales de éste. No se planteará ningún problema con aquellas designaciones o atribuciones patrimoniales que tengan virtualidad actual o supeditada a un tiempo inferior al del plazo previsto por el comitente. Por el contrario, quedarán sin efecto todas aquellas otras cuya plena eficacia supere temporalmente el mencionado plazo. La duda en estos casos se puede plantear acerca de si quedarán eficaces las disposiciones propiamente dichas o solamente las limitaciones impuestas por el fiduciario, o pactadas con los beneficiarios. Pensemos en las más habituales: atribuciones "mortis causa" con eficacia para después de la muerte del fiduciario; transmisiones sujetas a condición suspensiva o resolutoria, o con eficacia a término; liberalidades sujetas a reserva de dominio.

Pienso que puede haber argumentos para defender ambas soluciones. Por mi parte me inclino a pensar que, salvo previsión contraria del causante o del propio fiduciario, la disposición fiduciaria deberá considerarse como no hecha si su eficacia no es plena en el momento en que el plazo se cumpla. Y creo también que la única previsión que el fiduciario podría hacer para evitar ese efecto extintivo no podría ser otra que aquella mediante la que declarase la eficacia total de la atribución fiduciaria limitada, en el momento de extinguirse el tiempo de su actuación; es decir, que previese anticipadamente o dispusiere en el último momento el levantamiento de la limitación impuesta a la transmisión. En cualquier otro supuesto debe entenderse que una ejecución fiduciaria con limitaciones o condicionamientos más allá del plazo concedido por el comitente, contradice la voluntad de éste y, por ello, no debe surtir efecto.

De forma parecida sucede con la donación fiduciaria. Llegado el final del plazo concedido por el causante, el fiduciario ya no podrá intentar la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, o por ingratitud. Y en cuanto a la donación modal, la solución debe ser la misma que la dicha para el pacto sucesorio con limitaciones. Con las salvedades antes apuntadas, la donación dejará de surtir efecto, al

no poder ser ya controlado por el fiduciario el cumplimiento del modo o carga impuestos al donatario.

Volviendo a los supuestos contemplados por el Art. 118 de la Compilación, cabe que el comitente no haya previsto plazo para la ejecución de su encargo, siendo fiduciario el cónyuge viudo. Este es el típico supuesto en el que la fiducia puede ser ejercitada durante toda la vida del fiduciario, ya que, a "sensu contrario" del propio precepto foral, ante la no ejecución de la fiducia, nadie puede ejercitar acción alguna, ni de reclamación, ni de fijación de plazo.

La doctrina suele justificar esta posibilidad en el hecho de que como quiera que el cónyuge viudo será, al mismo tiempo que fiduciario, usufructuario universal de viudedad, el hecho de que la ejecución fiducia quede pendiente durante largo tiempo (incluso, toda la vida del fiduciario) no planteará grave problema ni a los futuros herederos o beneficiarios, ni al patrimonio del causante (116). Parten estos comentaristas del supuesto hasta hoy más habitual de cónyuge viudo de únicas nupcias con el comitente, con hijos comunes, y viudedad universal a favor del supérstite. Y olvidan, al realizar tales afirmaciones, la variedad de supuestos que, especialmente a partir de la reintroducción del divorcio en España, puede ofrecer cada día la realidad: el cónyuge fiduciario puede serlo de segundo matrimonio (viviendo o no el del primero); en ese mismo supuesto, pueden sobrevivir al comitente distintas clases de hijos (del primer matrimonio, del segundo, de uno y otro, extramatrimoniales...); el cónyuge viudo fiduciario, por consecuencia de esa existencia de hijos del comitente, no comunes, puede tener reducido el usufructo de viudedad a la mitad de los bienes (cfr. Art. 73 de la Compilación); puede, incluso, que no tenga derecho de viudedad por haberlo renunciado con anterioridad.

En todos esos casos, y otros que se pueden plantear, dudo que la solución dada por la Compilación sea hoy la más adecuada. Desde luego, cuando el texto foral era promulgado en 1967, todas esas posibilidades apuntadas eran escasas o nulas; por lo que difícilmente podía el legislador anticiparse a la regulación de unas situaciones inexistentes. Pero lo cierto es que hoy el texto legal queda manifiestamente desfasado, y sería bueno pensar en una próxima modificación legislativa del mismo (en realidad, haría falta de casi

(116) Vid, por ejemplo, Emilio Latorre en op. cit. págs. 335 y 336.

todos los preceptos relativos a la fiducia sucesoria). Desde luego, en tanto ésta no llegue, o los tribunales no hagan otra interpretación distinta del texto legal, hoy el cónyuge viudo que sea fiduciario, salvo previsión contraria del comitente, podrá ejecutar la fiducia en cualquier momento, sin limitación alguna temporal.

Para concluir este punto, pienso, a favor de la norma, que si el legislador del 67 lo quiso así fue pensando que, en circunstancias ordinarias, el cónyuge es la persona de mayor confianza del causante, y a la que, por tanto, no hay que fijar plazo alguno de ejecución si el propio comitente no ha querido fijárselo. Criterio que sería igualmente válido hoy para cualquier otro supuesto especial, de los antes planteados: si el causante ha querido nombrar fiduciario a su cónyuge, y no le ha fijado plazo de actuación, será porque, para él, es la persona de mayor confianza para poder ordenar su sucesión hereditaria. Lo que sí sería importante es que los profesionales, ante supuestos de constitución de fiducia entre cónyuges en alguna de las situaciones dichas, informásemos adecuadamente a los otorgantes de los efectos y consecuencias de su otorgamiento, sobre todo, para evitar cualquier situación indeseada, provocada por el desconocimiento.

El último supuesto del Art. 118 es aquél en el que el comitente no ha establecido plazo de ejecución, siendo fiduciario o fiduciarios personas distintas de su cónyuge (parientes o no, en fiducia unipersonal o colectiva, según los criterios que más arriba he defendido). En estos casos pueden entrar en juego las previsiones del precepto foral, conforme a las cuales "cualquier persona con interés legítimo podrá pedir su señalamiento (de plazo) al Juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión, quien lo hará previa audiencia del Ministerio Fiscal".

El mayor problema que esta disposición plantea es el que se deriva de la expresión utilizada: "cualquier persona con interés legítimo". Emilio Latorre, encerrándose en los modelos clásicos de fiducia, los regulados en los arts 110 y 114 de la Compilación (que, sin embargo, él mismo no considera los únicos), y olvidando otras muchas posibilidades de fiducia (que yo he defendido más arriba al tratar de las personas que pueden designar fiduciarios para ordenar su sucesión), concluye, a mi juicio demasiado categórica y precipitadamente, que esas personas legitimadas para exigir el señalamiento judicial de plazo son las siguientes: en todo caso, los descendientes del causante, si existen; en su defecto, los parientes colaterales hasta el cuarto grado; el albacea y el contador partidor, si

han sido previstos; y los miembros de la Junta de Parientes en la fiducia colectiva (117).

Estoy de acuerdo con él en lo que concierne al albacea, al contador-partidor y a los miembros de la Junta de Parientes. Todos ellos pueden tener un interés legítimo para exigir que la fiducia se ejecute en un plazo concreto y determinado.

Me cabe alguna duda en lo que concierne a los descendientes. Creo que estos, en la medida en que sean legitimarios, pueden tener un evidente interés para que se concrete por el fiduciario la distribución de la legítima. Ya no tanto, para que se efectúe la total ordenación sucesoria de su causante; pues si el fiduciario goza de plena libertad de actuación, podrá llegar a disponer en fiducia del tercio libre en beneficio de otras personas.

No estoy de acuerdo en que, a falta de descendientes, los parientes colaterales del causante hasta el cuarto grado tengan un interés lo suficientemente evaluable jurídicamente como para poder forzar la actuación del juez para el señalamiento de un plazo. Lo podrán tener si el comitente ha previsto la fiducia para ordenar su sucesión hereditaria sólo entre descendientes o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado (en la dicción literal de los Arts. 110 y 114 de la Compilación), pero no en caso contrario. Si el fiduciario goza de plena libertad, y no existen legitimarios, no creo que ningún pariente pueda aducir ni siquiera una simple expectativa sucesoria, requisito mínimo en el que el interés legítimo de los parientes debe sustentarse (expectativa que sí tienen, por el contrario, los descendientes con respecto a los dos tercios de legítima, aunque sea global).

Y se olvidan otras personas que, además de las dichas, sí pueden tener un evidente interés en la fijación de un plazo al fiduciario. La principal de todas, el cónyuge viudo cuando no haya sido designado fiduciario. Tanto si es usufructuario universal, cuanto usufructuario parcial (ese interés no lo tendrá el cónyuge viudo sin derecho de viudedad), podrá tener interés en que cuanto antes se concrete la ejecución fiduciaria, para conocer quienes van a ser, en un caso, los nudo propietarios de los bienes que él tiene derecho a usufructuar, y en el otro, además, con quienes va a tener que dilucidar y concretar su cuota usufructuaria.

(117) Op. cit. págs. 337 y 338.

Pero aún puede haber más interesados: puede haber casos en los que el comitente –y, especialmente, en supuestos en los que no exista viudedad universal, o porque no deja cónyuge viudo, o porque éste la ha perdido o renunciado–, además de la fiducia, haya previsto una administración especial de su patrimonio hereditario, para mientras se ejecuta por completo el encargo fiduciario (de esta cuestión hablaré con detalle más adelante). Indudablemente, este administrador tendrá interés en que el fiduciario concrete la sucesión del causante, para salir de la interinidad en la que, mientras tanto, se encuentra el patrimonio hereditario. También él, según creo, podrá solicitar del Juez la fijación de plazo al fiduciario.

El Juez que puede intervenir al respecto es el de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión, es decir, del lugar del domicilio habitual del causante inmediatamente anterior a su fallecimiento.

La intervención del Juez deberá ser ponderada, oyendo previamente al Ministerio Fiscal, y desde luego, al propio fiduciario y a quien ha ejercitado la acción; y teniendo en cuenta, como dice Emilio Latorre, que la fiducia no se puede comparar con el albaceazgo, que es una institución singular, en la que el fiduciario no ha de limitarse sólo a realizar una labor de ejecución, sino, lo que es más importante, de elección y de decisión (118).

En todo caso, fijado el plazo por el Juez, los efectos habrán de ser los mismos, en principio, que los que se derivan de la fijación hecha por el comitente. Y digo en principio porque la situación puede no ser la misma, además de que a diferencia del causante, la Autoridad judicial no puede entrar en otros aspectos de la fiducia, por muy relacionados que estén con el plazo, como pueden ser, por ejemplo, las modalidades de ejecución.

Y así, podrá suceder que cuando se ejercite la acción judicial, el fiduciario haya ejecutado parte de su encargo. O que, señalado plazo por el Juez, durante él el fiduciario sólo cumpla parte de su cometido, pero no todo. En el primer supuesto planteado no me cabe la menor duda de que las actuaciones ya realizadas por el comisario serán válidas. En el segundo, si otra cosa no se desprende de la voluntad del causante, la parte que de su encargo cumpla el fiduciario será igualmente válida y eficaz, procediéndose en el resto según corresponda (que más adelante veremos).

(118) Op. cit. pág. 339.

8. ACTUACION EN LA FIDUCIA COLECTIVA.

Para concluir este capítulo queda por analizar la actuación de los fiduciarios cuando el comitente ha previsto expresamente, no un solo fiduciario, sino varios en actuación simultánea. Es lo que se viene denominando como fiducia colectiva.

Vengo explicando a lo largo de esta obra que, a mi juicio, existen tres supuestos o posibilidades de fiducia colectiva: una, la que específicamente regula el Art. 114, 1 de la Compilación, es decir, la constituída para ordenar la sucesión de la casa a favor de un heredero único, "descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado"; otra, la que el comitente puede constituir, para otra finalidad distinta (nombramiento de varios herederos, o de un solo heredero y otros beneficiarios a título singular), designando fiduciarios a varios parientes; y una tercera, la que el causante constituya designando como fiduciarios a varias personas no parientes o no parientes en su totalidad (a este respecto es interesante el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de febrero de 1980, admitiendo la validez de un encargo fiduciario hecho, conjunta y colectivamente, a favor del cónyuge viudo y de un hermano del comitente).

En todo caso, y como cuestión previa, considero que, en general, las normas de la Compilación en toda esta materia, y especialmente, en lo que concierne a la actuación de los fiduciarios en fiducia colectiva, no tienen carácter imperativo y sólo establecen criterios meramente supletorios de la voluntad del causante. Es decir, que cualquier aragonés que desee constituir fiducia colectiva, no tendrá por qué sujetarse estrictamente a las normas de la Compilación; y así, por ejemplo, no será necesario que para el nombramiento de un sucesor único de su patrimonio, aunque sea a favor de un descendiente o de un consanguíneo hasta el cuarto grado, nombre fiduciarios, obligatoriamente, a sus parientes.

El primero de los posibles supuestos de fiducia colectiva es, como decía, el que viene expresamente regulado en el Art. 114 de la Compilación. Se trata de la fiducia constituída a favor de parientes, con la finalidad de que éstos elijan un heredero único de la casa o patrimonio familiar del comitente. Como determina el precepto, si vive el cónyuge del causante, y mientras permanezca viudo, éste "no podrá ser excluído de esta fiducia cuando no quedaren más hijos que los habidos con él".

Ya me he ocupado más arriba de las cuestiones que suscita esta clase de fiduciarios. Aquí interesa solamente analizar el aspecto

relativo a su funcionamiento. Como señala el Art. 117 de la Compilación, los fiduciarios actuarán en Junta de Parientes. "Tomarán sus acuerdos conforme a lo establecido por el causante". En defecto de tales directrices, la norma dispone unas reglas de actuación que, una vez más, resultan confusas y de no fácil interpretación.

Sin embargo, antes de entrar en su estudio conviene recordar la evolución experimentada por este precepto en los distintos trabajos preparatorios de la Compilación. En todos los aragoneses –borrador del Seminario y Anteproyectos de la Comisión aragonesa– se seguían unos mismos criterios: exigencia, en general, de la unanimidad en la actuación de la Junta, rebajada a la mayoría ordinaria cuando la fiducia tuviera por objeto el nombramiento de heredero único; y ningún valor especial al voto o criterio del cónyuge viudo en los casos en los que formase parte de la fiducia colectiva. El confusionismo lo empieza a introducir la Sección Especial de la Comisión General de Codificación en su Anteproyecto de 1965, al incluir el voto de calidad del cónyuge viudo, pero precisando que se trate de la Junta formada por el cónyuge y otras dos personas; criterio que es asumido por la Comisión General, trascendiendo al texto legal vigente.

La regla 1ª del actual Art. 117 de la Compilación, variando todo el sentido dado a su equivalente en los Anteproyectos aragoneses, ya no distingue entre las dos clases de fiducia colectiva, como éstos hacían, la constituida para nombrar heredero único y las demás. Ahora la distinción está basada en el hecho de que los parientes hayan sido o no designados nominalmente por el comitente. Si ha sido así, los acuerdos se pueden adoptar por mayoría de los asistentes a la Junta; en otro caso, se requiere la mayoría absoluta. El criterio de diferenciación parece claro: si el comitente ha designado "nominatim" a determinados parientes, parece que en todos ellos tendrá la suficiente confianza, de manera que importará mucho si la decisión la toman algunos de ellos –sólo los asistentes–, y no todos; además, se puede pensar que los parientes que asisten a la Junta –salvo caso de imposibilidad de los ausentes– son los que tienen verdadero interés en cumplir con el encargo del comitente, de ahí que al legislador no le preocupe dejar en sus solas manos los acuerdos concernientes a la ordenación sucesoria del causante. Por el contrario, cuando los parientes han tenido que ser llamados por la ley, ex Art. 115 de la Compilación, se parte del hecho de que son personas no tenidas en cuenta por el causante; la ley refuerza en este caso la toma de acuerdos, exigiendo la mayoría absoluta (es decir, la de todos los miembros de la Junta).

La regla 2ª del Art. 117 contempla un supuesto especial de fiducia colectiva: "Constituída la Junta por el cónyuge y otras dos personas, si ambas disienten de aquél se considerará que existe empate". La redacción, desde luego, es de lo menos afortunada. Parece introducir el voto de calidad del cónyuge viudo en cualquier supuesto de fiducia colectiva formada por él mismo y "dos parientes" (y no la que conste de tres o más parientes). Emilio Latorre, a mi juicio con muy buen criterio, entiende que esta fiducia no puede ser otra que la que surge de la designación de los parientes como consecuencia de la aplicación del Art. 115 de la Compilación, es decir, el supuesto en el que el comitente no haya determinado claramente los parientes a intervenir; opina este autor que la introducción del voto de calidad del cónyuge viudo no puede depender de una cuestión meramente numérica, sino del hecho de que el causante haya o no designado "nominatim" a los parientes, y considera que cuando el comitente hace esa designación nominal, debe entenderse que su voluntad es contraria al voto de calidad de su consorte (119).

Finaliza la regla 3ª del Art. 117 determinando que "en todo caso, no lograda la mayoría, se estará a lo dispuesto en los números 3 y 4 del Art. 20".

En primer lugar, conviene aclarar que esa remisión legal es hoy incorrecta; tras la reforma de la Compilación llevada a cabo por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, la cual reordenó los Arts. 20 y 21 del texto compilado, la remisión debe entenderse hecha hoy a los apartados 2 y 3 del Art. 21.

El Art. 117 habla de acudir a estas normas del Art. 21, "en todo caso" en que no se logre mayoría. Por tanto: cuando haya empate como consecuencia de la entrada en funcionamiento de su regla 2ª ya vista; cuando no se logre la mayoría absoluta de los parientes designados conforme al Art. 115 de la Compilación; cuando no se alcance la mayoría de presentes en el caso de parientes fiduciarios llamados directa y nominalmente por el comitente. Y, desde luego, en todo caso en que la fiducia esté constituída por sólo dos personas, si el acuerdo no se adopta por unanimidad.

En todos esos supuestos, "en la localidad donde la costumbre no atribuya la decisión al Párroco o a otra persona determinada, decidirá el Juez de Paz, donde no exista el de Primera Instancia, o la persona de la familia en quien delegue" (Art. 21, 2 de la Compilación). Sin

(119) Op. cit. pág. 330.

ahondar ahora en el análisis de este precepto (pues de él me he ocupado ya en otro lugar (120), quiero hacer constar solamente la novedad que la ley autonómica antes citada de 21 de mayo de 1985 introdujo, con referencia al texto primitivo de 1967: consistió en atribuir la decisión última de la Junta, no sólo al párroco, sino también "a otra persona determinada". Con ello se trataba de evitar la posible tacha de inconstitucionalidad que pudiera atribuirse a este precepto, por hacer referencia al ministro de culto de una determinada religión, la Católica, con exclusión de todas las demás; y, al mismo tiempo, no se hacía sino "revitalizar el auténtico criterio tradicional al respecto, pues al decir de nuestros antiguos juristas, no era el párroco la única persona con voto dirimente en las Juntas de Parientes aragonesas, sino que, en muchas ocasiones, lo era también el Alcalde o el Juez" (121).

A falta de costumbre al respecto, la decisión final queda en manos de la Autoridad judicial, el Juez de Paz o el de Primera Instancia. Estos pueden, sin embargo, delegar la toma del acuerdo en cualquier persona de la familia del causante. "Si el Juez delega la decisión final, puede hacerlo a favor de cualquier pariente, no necesariamente de alguno de los miembros de la Junta, aunque también esto último sea posible" (122).

La referencia también al apartado 3 del Art. 21 me parece innecesaria. Dispone éste que "el Juez de Primera Instancia decidirá en todos los demás casos en que no se logre acuerdo, pudiendo ser oídos los vocales de la Junta". Esta norma tiene pleno sentido en el ámbito del Art. 21 de la Compilación, y como complemento del apartado 2, pues éste, en realidad, se refiere a los supuestos de empates de la Junta; aparece así el apartado 3 como una especie de norma de cierre para prever todas aquellas otras posibilidades, fuera del empate, en las que la Junta no pueda llegar a tomar acuerdos. Sin embargo, en el ámbito del Art. 117, este precepto tiene mucho menos sentido, pues en éste se habla de todo supuesto en el que no se logre mayoría, en el que, lógicamente, hay que incluir todo aquel en el que la Junta no pueda llegar a ningún acuerdo. En definitiva, una norma que está de más, pues hubiera bastado con la remisión al apartado 2 del Art. 21.

Todo lo dicho tiene sentido, como antes apuntaba, para la fiducia colectiva cuyo objeto es la designación de heredero único. Sin

(120) "Comentarios..." cit. T. XXXIII, vol. 1º, págs. 251 a 254.

(121) Idem, pág. 252.

(122) Idem, pág. 253.

embargo, quedan otras dos posibilidades: fiducia colectiva constituida por parientes, con o sin el cónyuge viudo, para la distribución de los bienes del causante entre varios beneficiarios, y fiducia colectiva integrada por personas no parientes del causante en todo o en parte.

Todo lo dicho en torno al Art. 117 de la Compilación vale para cualquier fiducia colectiva en la que intervengan parientes del causante, con o sin el cónyuge viudo. Ya decía en el capítulo IV de esta obra, al hablar de quiénes podían ser fiduciarios en la fiducia colectiva, que si el comitente llamaba a los parientes, nominal o genéricamente, era de obligado cumplimiento el Art. 115 del texto foral. Lo mismo me cabe decir ahora en lo que concierne a la actuación de esos fiduciarios múltiples.

Sin embargo, si el causante llama a la fiducia colectiva a otras personas distintas de los parientes, el Art. 117 no tendrá por qué aplicarse. Se estará, desde luego y en primer lugar, a las propias decisiones del comitente. Y en su defecto, habrá que acudir a criterios lógicos de actuación de un colectivo, sin que las especiales exigencias del Art. 117 tengan por qué aplicarse. Así, creo que bastará para tomar acuerdos con la mayoría relativa; en ningún caso tendrá el cónyuge viudo, si ha sido llamado a la fiducia, especial voto de calidad; y, desde luego, si no se logran acuerdos, no se podrá acudir, según creo, ni al párroco, ni a otra persona de la localidad, ni siquiera a la Autoridad judicial. En este último supuesto deberá entenderse que la fiducia no puede ejecutarse, y habrá que proceder, con respecto a la sucesión hereditaria del causante, como corresponda según los casos.

En otro orden de cosas, resulta importante la disposición del Art. 116 de la Compilación, conforme al cual "el fallecimiento o la incapacitación del cónyuge viudo no impedirá el cumplimiento de la fiducia por los demás fiduciarios", y "las vacantes de éstos se cubrirán conforme a lo dispuesto en el número 2 del artículo 20".

Se trata de una norma que viene a determinar la forma de cubrir las vacantes que se puedan producir en el grupo de los que integran la fiducia colectiva.

En primer lugar, habla del fallecimiento o de la incapacitación del cónyuge viudo. Entiendo con Emilio Latorre que a esos supuestos habrá que añadir todos aquellos otros en los que el cónyuge viudo, inicialmente fiduciario, deja de serlo o no puede actuar, como son los casos de nuevas nupcias del viudo (salvo disposición expresa en

contra del causante), de nulidad matrimonial, separación y divorcio (Art. 110, 2 y 3) y de renuncia del propio cónyuge viudo (123).

No estoy de acuerdo, sin embargo, con este autor en la diferenciación que establece, con respecto al cónyuge viudo, entre que las causas de su exclusión como fiduciario acontezcan antes o después del fallecimiento del causante. Dice que si el cónyuge fallece antes, el número de parientes nombrados con él, "sea cual sea el número de los elegidos por el comitente, tendrá que ser superior a cuatro", y ello, dice, debido a que "la importancia del cónyuge en la formación de la fiducia es absoluta, con arreglo al Art. 117 representa la mitad de los votos de la Junta de Parientes..." (124). Creo que estos argumentos son insuficientes, y aún diría que sacados de contexto y contradictorios, para mantener la tesis apuntada. En primer lugar, pienso que todos los preceptos que, como los Arts. 115 y 116 de la Compilación, regulan una determinada composición de la Junta de Parientes, previendo las vacantes que en ella se produzcan, están pensados exclusivamente para después de la muerte del comitente. En segundo lugar, si la exclusión del cónyuge, como la de cualquier otro fiduciario, se produce en vida del causante, si éste no modifica la composición de su fiducia colectiva, pudiendo hacerlo, no hay por qué imponerle un "plus" de fiduciarios no previstos por él. En tercer lugar, no se puede olvidar que el Art. 115 de la Compilación sólo entra en juego cuando el comitente no ha determinado con claridad los parientes llamados por él a la fiducia colectiva. Y, por último, no estoy de acuerdo con la importancia que Latorre confiere al cónyuge viudo: es verdad que tiene voto de calidad, pero sólo en un supuesto determinado, el que se deriva de la regla 2ª del Art. 117 en relación con el 115. Por ello, concluyo, a mi juicio en ningún caso de exclusión de un fiduciario, sea el cónyuge o algún pariente, producida en vida del causante, habrá que acudir a ningún mecanismo legal de suplencias: la fiducia se mantendrá con los demás fiduciarios, a no ser que claramente se deduzca que fue otra la voluntad del causante, y siempre que la fiducia, con su actual composición, sea ejercitable. Otra cosa sería ir en contra de la voluntad del causante cuando éste todavía puede modificarla, cuando aún es titular de su herencia y del modo en que quiere que la misma sea ordenada a su fallecimiento.

Por lo mismo, tampoco estoy de acuerdo con la distinción que Latorre hace entre la exclusión del cónyuge una vez fallecido el

(123) Op. cit. pág. 323.

(124) Op. cit. pág. 324.

comitente, pero antes de aceptar el cargo, y la que puede producirse después (125). Como antes decía, yo creo que el Art. 116 de la Compilación está previsto para todo supuesto de exclusión del cónyuge viudo de la fiducia colectiva, una vez fallecido el comitente.

Lo que en definitiva establece el Art. 116 de la Compilación es que la ausencia o exclusión del cónyuge viudo, de la fiducia colectiva, no altera ésta para nada. Que, precisamente (y esto aboga también en contra de la tesis de Emilio Latorre), su no presencia en la fiducia colectiva no tiene por qué ser suplida por nadie, a diferencia de lo que sucede con los parientes, como veremos a continuación.

En efecto, mientras la exclusión del cónyuge viudo deja inalterada la fiducia colectiva (aunque con efectos importantes por la ausencia de voto de calidad cuando el excluido lo tuviera), la vacante de cualquiera de "los demás fiduciarios... se cubrirá conforme a lo dispuesto en el número 2 del artículo 20".

En primer lugar, señalar, como antes hacía, que tras la ley autonómica de 21 de mayo de 1985, la remisión debe entenderse hoy al número 4 del mismo Art. 20 de la Compilación (y no al número 3, como dice Emilio Latorre (126), pues éste trata de los supuestos de Junta indeterminada, en tanto que el 4, de los posibles casos de vacantes en la Junta, que es, efectivamente, a lo que también hace referencia el Art. 116).

Vuelvo a disentir de Latorre en la diferenciación que hace entre que las vacantes de los parientes se produzcan en vida del causante, o fallecido éste, y dentro de este supuesto, antes de aceptar el encargo o después (127). Repito lo dicho más arriba.

La remisión que el Art. 116 hace al 20, 4 creo que lo es a toda la norma contenida en éste, es decir, tanto a la forma de suplir la vacante, cuanto a las causas que pueden determinar ésta. Por tanto, en los casos de "fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios" de cualquiera de los parientes -nominados por el causante o designados ex Art. 115- y "previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos", el Juez de Primera Instancia procederá a cubrir las vacantes producidas.

En la nueva designación que haga deberá tener en cuenta, según creo, la línea o grupo familiar del pariente que ha provocado la

(125) Op. cit. págs. 324 y 325.

(126) Op. cit. pág. 327.

(127) Op. cit. págs. 326 y 327.

vacante, y cuidará de que el nuevo nombrado tenga "el mayor contacto con la casa" y sea "próximo en parentesco" dentro del cuarto grado de consanguinidad con el causante (128).

Por fin, creo que las normas que contiene el Art. 116 son de obligado cumplimiento en todo supuesto de fiducia colectiva integrada por parientes, con o sin el cónyuge viudo, salvo exclusivamente en aquellos supuestos en los que el comitente haya previsto otros criterios para caso de vacantes -bien sean de ordenación de las suplencias o de extinción de la fiducia-, o, al menos, éstos se puedan deducir de una correcta interpretación del documento de constitución de la fiducia.

(128) Para una mayor profundización en la interpretación de esta norma, me remito a mi trabajo en "Comentarios..." cit. T. XXXIII, vol. 1^o, págs. 257 y 258.

CAPITULO VII

GESTION DEL PATRIMONIO HEREDITARIO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Desde el punto de vista de la práctica de la "delegación sucesoria", es esta de la gestión del patrimonio hereditario la cuestión que más ha preocupado, últimamente, a la doctrina, a la jurisprudencia y al propio legislador.

Se trata de saber en qué situación quedan los bienes hereditarios de quien en su día nombró fiduciario para ordenar su sucesión, entre tanto la fiducia sea ejecutada por éste en su totalidad: quién representa y gestiona el patrimonio hereditario durante ese período de tiempo más o menos largo, y qué facultades ostenta sobre él, si sólo de mera y ordinaria administración, o también, de disposición.

Son expresivas las palabras que al respecto escribía Adrián Celaya para el Derecho de Vizcaya: "Puede decirse que aquí se plantea el problema crucial de los poderes testatorios. No es sólo una cuestión técnica, sino también sociológica y filosófica-jurídica que exige precisar la naturaleza exacta de la institución" (129).

2. LA SOLUCION EN OTRAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS.

Ciertamente, es ésta una de las cuestiones que, en las últimas reformas habidas en las distintas legislaciones civiles españolas, ha preocupado de forma especial a los Parlamentos autónomos correspondientes, que han tratado de resolverla cada uno con arreglo a sus particulares criterios y, sobre todo, atendiendo a la naturaleza de su específica modalidad de "delegación sucesoria". Precisamente por ello en esta materia resulta difícil encontrar criterios uniformes, válidos para todos los ordenamientos civiles. Como ya se ha podido comprobar en la primera parte de esta obra,

(129) "El testamento por comisario" cit. pág. 776.

aunque con un cierto "substratum" común, la "delegación sucesoria" responde en cada Comunidad Autónoma a criterios diferentes, y en cada una de ellas el "fiduciario" tiene una caracterización propia, distinta de la que tiene en las demás, al mismo tiempo que goza de unas facultades también diferentes en relación con el patrimonio del causante.

No obstante, conviene recordar aquí esos nuevos criterios legislativos, por si, a la vista de los mismos, pudiera ser de aplicación alguno de ellos a la legislación aragonesa, dada la parquedad con que, al respecto, se pronuncia la Compilación aragonesa. Porque –lo anticipo ya– el Art. 113 del texto foral vigente es un modelo de indeterminación e imprecisión, que suscita no pocas dudas y que deja sin resolver la mayor parte de los problemas que se plantean.

De entre todas las legislaciones civiles españolas, la más cabal al respecto es, según creo, la vizcaina. El Art. 40 de la vigente Compilación vasca establece un sistema completo y cerrado en la materia. En primer lugar, llama a la representación y administración de los bienes hereditarios a la persona que el propio testador haya designado en su testamento, "con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga". A falta de tal designación, "representará y administrará la herencia el cónyuge viudo, y, en defecto de éste, el propio comisario". Todo un sistema que, como digo, no deja lugar a dudas ni en lo que concierne a la persona que puede representar el caudal hereditario, ni en orden a las facultades de que goza al respecto, que no son otras que las de representación y administración; teniendo excluidas, por tanto, las de disposición. El orden establecido parece de lo más coherente: en primer lugar, y con pleno respeto a la voluntad del testador, la administración de su patrimonio hereditario ha de confiarse a la persona por él mismo designada; a falta de tal designación, la administración y representación de la herencia ha de corresponder, lógicamente, al cónyuge viudo, dada su cualidad de usufructuario universal de los bienes del premuerto (tal como sucede en Aragón); en última instancia, esa gestión de los bienes hereditarios debe confiarse al propio comisario. Con ello, se excluye la intervención judicial; y es que, probablemente, si se tuviera que acudir a ella, parece también lógico que el Juez designase como administrador, en defecto de nombramiento por el comitente y de existencia de cónyuge viudo, al propio comisario.

Para el Derecho de Navarra, la ley 287 de su vigente Compilación distingue según que los fiduciarios sean el cónyuge viudo o los ascendientes del causante, u otras personas distintas. En los dos primeros supuestos, son los propios fiduciarios los llamados a administrar el patrimonio hereditario, con facultades, además, de

disposición respecto de los bienes de los que todavía no hayan dispuesto por fiducia (lo que entra en la lógica del sistema sucesorio navarro, en el que la legítima es puramente formularia). Sin embargo, cuando sean fiduciarios otras personas distintas, "se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria". Una remisión de corte idéntico a la aragonesa, que nada concreta y deja sin resolver no pocas situaciones que en la práctica pueden plantearse, como explicaré más adelante al tratar de esta misma materia en el Derecho aragonés.

En el Derecho de Cataluña, la solución dada por el vigente Código de Sucesiones queda, a mi juicio, incompleta. Dispone su Art. 148 que "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, con las facultades y limitaciones que éste haya establecido". En otro caso, dicha curatela corresponde al cónyuge sobreviviente, quien "tendrá la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados". Un sistema interesante; pero que, como digo, resulta incompleto dado que nada se prevé para el supuesto de que el causante no haya designado curador de sus bienes, ni le sobreviva el cónyuge viudo.

Nada se prevé en esta materia en los Derechos correspondientes a la Tierra de Ayala y a las Islas Baleares. Probablemente, porque no es necesario. En efecto, para la primera la Compilación vasca, en sus Arts. 140 y siguientes, identifica, bajo el nombre de "usufructo poderoso", la facultad fiduciaria con el usufructo universal de los bienes hereditarios; consiguientemente, el patrimonio sometido a "delegación sucesoria" tiene "per se" un administrador nato que es el propio fiduciario en su cualidad de usufructuario. Y de forma similar sucede en las islas de Mallorca y Menorca, en donde la fiducia sucesoria -con facultad de elección o de distribución- sólo puede conferirse a favor del instituido heredero, aunque sólo lo sea en usufructo; por tanto, es el propio "heredero distribuidor" el que representa al caudal hereditario y ejerce sobre él las correspondientes facultades de administración.

3. ANTECEDENTES DE LA COMPILACION ARAGONESA.

Nada regulaba sobre la materia el Apéndice Foral de 1925.

Por primera vez se planteó la cuestión en el Seminario nombrado por la Comisión aragonesa de juristas encargada de elaborar el

Anteproyecto de Compilación civil. En el borrador preparado por aquél se trataba de solucionar la cuestión con los siguientes criterios: 1º Se calificaba a los bienes hereditarios sujetos a fiducia en "situación de herencia yacente"; 2º Para regular su administración se remitía "a las reglas del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil"; 3º Se preveía, no obstante, que "la totalidad de los posibles herederos podrá regular la administración a su voluntad, y realizar actos de disposición de los bienes que integran la masa de la herencia". Un sistema que, a mi juicio, adolecía de dos importantes defectos que, por cierto, se han ido arrastrando, de una u otra forma, a lo largo de los textos siguientes, incluida la vigente Compilación: primero, la remisión al Código civil y a la Ley de enjuiciamiento civil sin más especificación, sin ningún tipo de precisión en torno a qué "reglas" de estos cuerpos legales hayan de ser aplicadas; y segundo, la referencia a los "posibles herederos", olvidando las situaciones de fiducia en que estos no hayan sido designados previamente por el comitente (lo que será posible en todo caso en que el causante carezca de legitimarios).

No fue mucho mejor la solución adoptada por la Comisión en sus Anteproyectos de Compilación, elaborados en 1962 y 1963. En ellos se introducía la novedad de aceptar implícitamente que el administrador de la herencia lo sería el cónyuge viudo con derecho de viudedad, y que la remisión –ahora "a las normas que regulan la comunidad hereditaria"– sólo se producía en otros supuestos de fiduciarios distintos del cónyuge viudo. Otra novedad consistía en exigir, para los actos de disposición de los herederos, la autorización del fiduciario si entre ellos había algún menor o incapaz. Y, curiosamente, se calificaba al patrimonio hereditario de "herencia vacante".

La redacción que hoy tiene el Art. 113 de la Compilación aragonesa proviene del borrador elaborado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, en el que se suprime toda referencia al cónyuge viudo fiduciario, ya no se menciona a los posibles herederos del comitente y se elude la calificación jurídica de los bienes en fiducia, hablando simplemente de "situación de pendencia".

4. EL ART. 113 DE LA COMPILACION: SU EXTENSION.

El Art. 113 de la vigente Compilación aragonesa dispone que "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”.

La primera gran duda que este precepto plantea es la de su extensión material: es decir, si la norma que contiene es de general aplicación a todo supuesto de fiducia, o, por el contrario, sólo a aquellos en los que no exista ya una determinada regulación de la gestión de la herencia; y de modo específico, si también es de aplicación la norma en el caso de que exista cónyuge viudo con derecho al usufructo universal de los bienes del premuerto, o, por el contrario, cede en estos supuestos en beneficio de la gestión del viudo.

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” (130). Teniendo razón, en principio, este autor, se olvida, sin embargo, de otro supuesto posible, aquél en el que el causante haya previsto una determinada administración para sus bienes hereditarios, confiada a persona distinta del fiduciario.

Tratando de ir aclarando esta confusa materia, yo creo, en primer lugar, que el precepto contenido en el Art. 113 de la Compilación no puede tener el carácter de norma imperativa. Y que, como sucede en la mayor parte de las instituciones aragonesas, por encima de la norma compilada se encuentra la voluntad de los particulares, dado el amplio principio de libertad civil basado en el apotegma “*standum est chartae*”, elavado a categoría de norma positiva a través del Art. 3 de la Compilación. Por ello, si el comitente designa, en el propio acto de constitución de la fiducia, o en otro separado, a un administrador de sus bienes hereditarios, tal como sucede en el Derecho vizcaino, a este administrador será a quien corresponderá, en los términos fijados por el causante, la representación y gestión del patrimonio hereditario dado en fiducia.

A un supuesto concreto de administración de la herencia se refiere el Art. 12 de la Compilación, dentro del capítulo atinente al régimen de los bienes de los menores en Aragón. Dispone que “los padres... tendrán la administración de los bienes del menor, excepto la de aquéllos para los cuales haya ordenado otra cosa quien se los transmitió por título lucrativo”. Una práctica nada inusual: con

(130) Op. cit. pág. 301.

alguna frecuencia, las personas que transmiten a título gratuito determinados bienes a favor de menores de edad (normalmente, los abuelos cuando testan a favor de sus nietos menores), suelen prever una administración sobre tales bienes, distinta de la de los padres del menor, cuando desean que estos queden al margen del control de tales bienes.

Però éste no pasa de ser sino un caso concreto expresamente previsto por el legislador. Como antes decía, en aras del principio "standum est chartae", esa posibilidad está abierta a cualquier otro supuesto distinto. Y precisamente, el de la sucesión encomendada por fiducia puede ser uno de los más útiles en la práctica en aquellos casos en los que el fiduciario no es, "per se", el propio administrador de los bienes. Y aún cuando lo sea, si el causante desea establecer, además, determinadas facultades de disposición sobre sus bienes, durante el tiempo que dure la ejecución de la fiducia.

A mi juicio –coincidente en este punto con el de Emilio Latorre– existe un segundo supuesto de exclusión de la aplicación de la norma del Art. 113 de la Compilación: todos aquellos casos (que, en la práctica, son la mayoría) en los que la fiducia haya sido confiada al cónyuge viudo que goce de viudedad universal. En la medida en que ésta se concreta en la práctica en el derecho a usufructuar todos los bienes del comitente premuerto, sobra cualquier previsión legal en orden a la administración del patrimonio hereditario, pues ésta corresponderá legalmente, y por derecho propio, al cónyuge viudo usufructuario. Esta es también, como acabamos de ver, la solución dada en la Compilación vasca para el Derecho de Vizcaya.

No parece, sin embargo, que éste sea el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el cual en reciente sentencia de 21 de mayo de 1993, al enfrentarse a un supuesto de fiducia otorgada a favor del cónyuge viudo usufructuario universal, parece mantener la tesis de que en la situación de pendencia de una herencia deferida en fiducia, ésta ha de ser representada, conjuntamente, por el cónyuge viudo fiduciario y los llamados por el comitente como posibles beneficiarios de la fiducia. Afirma dicha sentencia que "el testamento no sirve para justificar la adquisición o propiedad de bienes, sino únicamente para acreditar 'prima facie' la condición de herederos de la actora y sus hermanos, aunque el cónyuge sobreviviente no haya hecho uso hasta el momento de la facultad fiduciaria". Una doctrina, en mi criterio, muy arriesgada, que pone en tela de juicio no pocos principios en los que la fiducia y el usufructo de viudedad universal se basan. Por otra parte, y aunque en el asunto sometido a la decisión del TSJA sólo se trataba de

pronunciarse sobre la legitimación procesal de los posibles beneficiarios de la fiducia, me parece: primero, que el Tribunal ha perdido una magnífica ocasión para hacer una interpretación clara del Art. 113 de la Compilación; y segundo, que aventura una afirmación, la de que el testamento del comitente atribuye 'prima facie' la cualidad de herederos a los posibles beneficiarios de la fiducia, que rompe con no pocos esquemas de la tradicional civilística española en torno a la herencia y la cualidad de heredero. Esta, desde luego, no se adquiere, en modo alguno, por la delación sucesoria que se produce a través del testamento, una vez fallecido el testador, sino por el acto de aceptación de la herencia, expresa o tácitamente. Como dice acertadamente Lacruz Berdejo, "para que una persona sea heredero no le basta ser llamado: ha de ofrecérsele asimismo la herencia para su aceptación, y ha de aceptarla" (131).

Más adelante insistiré en esta materia. Por el momento me basta con afirmar que, a mi juicio, al cónyuge viudo con usufructo universal de viudedad, que, además, es fiduciario no se le puede negar su cualidad de representante y administrador único de los bienes hereditarios. Por tanto, sólo el tendrá plenas facultades para realizar cuantos actos de administración sean precisos para la mejor salvaguarda de los bienes de su consorte premuerto.

Me parece que permitir la entrada en dicha administración de otras personas, cuando el causante ha nombrado específicamente un administrador o cuando la representación del patrimonio corresponde al cónyuge viudo fiduciario con viudedad universal, es distorsionar, sin ningún fundamento, las instituciones civiles existentes en torno a la herencia y la fiducia, al mismo tiempo que comporta el aceptar una intromisión subjetiva de posibles consecuencias perjudiciales para los que, en su día, vayan a ser los beneficiarios de la herencia del comitente. En efecto, si se permite la participación en la administración de dicha herencia a todos los hipotéticos beneficiarios de ella, por fiducia, puede suceder que personas que luego no van a recibir ningún beneficio hereditario, hayan adoptado soluciones que afectarán directamente a los efectivos herederos, con las consecuencias que se derivan de la retroactividad que se proclama de la aceptación de la herencia. En el epígrafe siguiente haré referencia a otros problemas que se derivan de esa llamada a la administración, de los posibles herederos o "herederos presuntos".

(131) José Luis Lacruz Berdejo, "Derecho de Sucesiones", Edit. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 53.

Por todo ello, considero que el Art. 113 de la Compilación es una norma de carácter supletorio que, en orden a la administración de los bienes hereditarios en fiducia, no puede entrar en juego en los casos en los que el causante haya nombrado un administrador, ni cuando, en su defecto, sobreviva el cónyuge viudo con derecho de viudedad universal (incluso, aunque éste no sea fiduciario).

Sin embargo, adviértase que ese carácter supletorio de la norma compilada sólo lo proclamo, en los casos indicados, con respecto a la administración de los bienes hereditarios, pero a no a su disposición. Dado el sistema del Derecho aragonés, en el que el usufructuario universal de viudedad no tiene, por sí solo, facultades dispositivas sobre los bienes que administra, cabrá pensar en la aplicación del Art. 113 para regular esos actos de disposición sobre los bienes hereditarios en fiducia, aunque sobreviva el cónyuge viudo con derecho de viudedad universal. E igualmente, cuando el administrador nombrado por el comitente no goce de facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, en todo o en parte; en caso contrario, si el causante le ha conferido tales facultades (cfr. Art. 13 de la Compilación), debe entenderse también excluída la norma del citado Art. 113, que cede ante las previsiones hechas por el comitente.

5. APLICACION DE LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

Según lo expuesto en el número anterior, y a modo de resumen, considero que el Art. 113 de la Compilación aragonesa sólo puede entrar en juego, con carácter supletorio, en los siguientes casos:

1º Cuando el comitente no haya nombrado un administrador de sus bienes hereditarios en fiducia;

2º Cuando haya verificado dicho nombramiento, pero el nombrado no tenga facultades de disposición, y solamente con respecto a éstas.

3º Cuando no exista cónyuge viudo con viudedad universal (independientemente de que sea o no fiduciario).

4º Cuando dicho cónyuge exista, por lo que respecta a los actos de disposición de los bienes en fiducia.

Para estos supuestos, como ya se ha visto, el Art. 113 de la Compilación no da unas pautas determinadas y concretas, sino que se remite a lo que denomina "normas de la comunidad hereditaria".

Una expresión legal que da lugar a no pocas dudas y plantea un buen número de dificultades a la hora de su interpretación y aplicación práctica. De entrada, esa expresión legal resulta equívoca y engañosa, pues a la hora de averiguar qué normas son esas que regulan la comunidad hereditaria, el intérprete se encuentra con no pocos obstáculos. Lacruz Berdejo reconoce que “el Código civil no dedica normas específicas a la regulación de la comunidad entre coherederos” (132). Es decir, que dicha comunidad, existiendo como figura jurídica en el mundo del Derecho, no encuentra una regulación específica en las leyes vigentes.

Pero no radica solamente ahí el problema. Cuando los autores hablan de la comunidad hereditaria parten del supuesto de que existen una serie de personas llamadas a la cualidad de herederos de un determinado patrimonio; y que tales llamados han aceptado ya la herencia, aunque sin haber verificado la partición de los bienes que la integran. Así, el propio Lacruz, con buena lógica, afirma que la administración de los bienes en comunidad de herederos se rige por “las normas de la copropiedad, salvo si la administración es ordenada de otra forma por el causante o por convenio unánime (no mayoritario) de los herederos, o hay administración judicial” (133). Lo cual no sucede en el caso de la herencia deferida mediante fiducia. Precisamente, dicha herencia se caracteriza porque todavía no tiene herederos llamados a la misma; en este tipo de sucesiones, la vocación hereditaria sólo surge cuando el fiduciario hace uso de sus específicas facultades y elige a una o varias personas para suceder en los bienes del comitente, o cuando la fiducia se extingue sin que el fiduciario haya hecho uso de ella, en todo o en parte. En ambos casos puede decirse que existe una verdadera delación sucesoria, pero no antes.

A la vista de todo ello cabría pensar que el legislador quiso establecer en el Art. 113 de la Compilación aragonesa una suerte de ficción legal, llamando a la administración y disposición de los bienes hereditarios en fiducia, a los “presuntos herederos” del comitente (criterio en el que podría estar fundamentada la antes citada sentencia del TSJA de 21 de mayo de 1993).

Otra solución podría hallarse en el juego de los llamados “derechos eventuales” y “titularidades provisionales”. Con referencia exclusivamente al Derecho de Vizcaya, y al supuesto de la disposición de los bienes confiados mediante “poder testatorio”, Castillo Tamarit,

(132) Op. cit. pág. 184.

(133) Idem, pág. 185.

retomando la doctrina al respecto de Federico de Castro, afirma que los posibles beneficiarios de la "delegación sucesoria" son titulares de un derecho eventual, ostentan una titularidad provisional sobre los bienes de la herencia, en la medida en que pueden llegar a ser titulares definitivos; en base a ello, los descendientes que sean mayores de edad, pueden realizar actos de disposición sobre el patrimonio hereditario, actuando conjuntamente con el cónyuge comisario; y si son menores de edad, previa autorización judicial (134).

Sin embargo, estas interpretaciones pueden encontrar en la práctica del Derecho aragonés una doble e importante dificultad: una, la que se derive del hecho —no frecuente, pero no por ello imposible— de que el comitente no haya establecido entre quienes ha de ser ejercitada la fiducia, careciendo de legitimarios, y además, tampoco haya previsto su sucesión en defecto del ejercicio fiduciario; y otra, la que puede surgir si las personas llamadas por el comitente para ser posibles beneficiarios de la fiducia y las designadas como sucesoras suyas en defecto de ejercicio de ésta, no coinciden.

En el primer caso se estará ante un claro supuesto de "herencia vacante", producido cuando no existen herederos conocidos por no haber sido determinados ni por el causante ni por la ley.

En el segundo podrá hablarse, quizás, sucesivamente, de "herencia vacante" y "herencia yacente". Vacante por lo que concierne a la ordenación sucesoria conferida al fiduciario; pues mientras éste no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no puede decirse que exista delación sucesoria, en la medida en que tampoco existe vocación hereditaria; por todo lo que vengo diciendo, yo creo que ninguno de los posibles beneficiarios de la fiducia tiene un efectivo y actual derecho sucesorio sobre la herencia del comitente en tanto el fiduciario no haga uso de sus facultades (y en ese momento, y como en todo caso de aceptación de herencia, con efectos retroactivos al momento del fallecimiento del causante). Y para cuando la fiducia se extinga se podrá estar en presencia de un supuesto de herencia yacente con respecto a ese llamamiento supletorio o de segundo grado que efectúa el causante para caso de que no se ejecute la fiducia.

Llegados a este punto, yo creo que, aún pudiendo ser discutible la solución, resultaba más acertada la propuesta formulada por el

(134) Vicente José Castillo Tamarit, "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya", en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 1981, págs. 363 y 364.

Seminario aragonés en su borrador de 1961: "La totalidad de los posibles herederos podrá regular la administración a su voluntad, y realizar actos de disposición de los bienes que integran la masa de la herencia". Al hablar de "la totalidad de los posibles herederos" dejaba expedito el camino a la gestión del patrimonio hereditario, tanto por los posibles beneficiarios de la fiducia, cuanto por los llamados en segundo lugar por el comitente. La fórmula, sin embargo, dejaba sin resolver el problema antes planteado de que ni unos ni otros existieran en un determinado caso.

Con este antecedente como referencia, y tras todo lo expuesto, creo que la mejor interpretación del Art. 113 de la Compilación aragonesa debe estar sustentada en la idea de que cuando no exista administrador designado por el propio causante, ni cónyuge viudo con usufructo universal de viudedad, la administración de los bienes en fiducia corresponderá a todos los "presuntos herederos"; incluyendo en esta expresión, si son distintos, tanto los designados por el causante como posibles beneficiarios de la fiducia, cuanto los llamados por él mismo, en segundo lugar, para caso de no ejercitarse la facultad fiduciaria, en todo o en parte. Debiendo añadir a ellos, en el supuesto hipotético de que no se encuentren incluidos en ninguno de ambos grupos, a los legitimarios.

Y esta misma solución deberá aplicarse para los casos de disposición de los bienes del causante, si éste no ha concedido específicas facultades para ello a alguna persona. Y, por supuesto, con los pertinentes complementos de capacidad si entre los "presuntos herederos" o entre los legitimarios se encuentra algún menor de edad o algún incapacitado; es decir, la asistencia que el Art. 5 de la Compilación determina cuando se trate de menores mayores de catorce años, autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia "cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos" que puedan llegar a corresponder a un menor de catorce años (Art. 13, 2 de la Compilación), y autorización judicial en todo caso en el que los bienes hereditarios puedan ser atribuidos a personas incapacitadas (y hoy sin necesidad de la subasta judicial, de conformidad con el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de marzo de 1993).

Pero, como antes decía, la cuestión en el Derecho aragonés se complica cuando no existan legitimarios ni presuntos herederos llamados, directa o indirectamente, por el testador (es decir, ni como supletorios de la fiducia, ni como posibles beneficiarios de ésta). En

estos casos será necesario acudir a la intervención judicial, la cual consistirá (por aplicación analógica de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la prevención del juicio de abintestato) en el nombramiento de un administrador judicial.

Las dudas que de siempre ha suscitado el comentado Art. 113 de la Compilación aragonesa motivaron que cuando se presentó a las Cortes de Aragón, en 1985, el proyecto de ley de reforma del texto compilado de 1967, como Diputado que yo era entonces del Parlamento regional, propuse una enmienda de modificación del mencionado precepto, del siguiente tenor: "Mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente el encargo recibido, la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se efectuarán, de mutuo acuerdo, por el cónyuge viudo y los presuntos herederos, testamentarios o intestados, del cónyuge premuerto" (135). Con ella pretendía, manteniendo el hilo conductor de los primeros trabajos del Seminario y de la Comisión aragoneses, resolver los distintos problemas que del actual Art. 113 se derivan: llamaba a la coadministración y a la codisposición al cónyuge viudo; hacía intervenir a todos los herederos presuntos; y al incluir, entre ellos, tanto a los testamentarios, cuanto a los abintestato, evitaba la intervención judicial para los supuestos de que no existieran herederos de cualquier clase, previstos por el causante. La enmienda no prosperó, y las cosas siguen como estaban; quizás, más complicadas tras la mencionada sentencia del TSJA de 21 de mayo de 1993.

Hoy pienso, sin embargo, que la más acertada solución sería la de conceder las facultades de administración al fiduciario, en defecto de administrador nombrado por el comitente y de cónyuge viudo con viudedad universal. Piénsese que se trata de la persona en la quien el causante depositó su confianza para algo tan importante como es ordenar su propia sucesión hereditaria. Resulta, por ello, bastante contradictorio que quien puede lo más –ordenar la sucesión– no haya de poder lo menos –administrar los bienes hereditarios–.

Y entre tanto llega una reforma de la legislación civil aragonesa, en éste o parecido sentido, sería muy aconsejable que los profesionales del Derecho, y especialmente los Notarios, cuando asesoremos o configuremos un documento de constitución de fiducia sucesoria, indiquemos al comitente la conveniencia de hacer las

(135) Fué la enmienda núm. 81. Vid Boletín Oficial de las Cortes de Aragón núm. 57, de 1 de marzo de 1985, pág. 974.

previsiones necesarias tendentes a la administración y disposición de los bienes hereditarios, pendiente la fiducia. Con ello se podrían evitar la mayor parte de los problemas que surgen en la interpretación del comentado Art. 113 de la Compilación aragonesa.

6. DISPOSICION DE BIENES EN FIDUCIA Y SUBROGACION REAL.

Señalaba antes las distintas posibilidades en las que los bienes entregados en fiducia sucesoria pueden ser objeto de actos de disposición.

Interesa ahora saber el destino que debe darse al producto de su enajenación; en definitiva, si en la misma entra o no en juego el mecanismo de la subrogación real.

De las cuatro legislaciones civiles autonómicas que se han ocupado de regular la cuestión de la disponibilidad de los bienes bajo "delegación sucesoria", sólo una, la catalana, ha previsto tal posibilidad.

Así, la Compilación vasca, como antes señalaba, no confiere facultades de disposición al administrador de la herencia. Ya hemos visto, sin embargo, cómo la doctrina, interpretando aquel Derecho, admite la posibilidad de que lleguen a realizarse actos de disposición sobre los bienes bajo "poder testatorio". Pues bien, para estos supuestos Castillo Tamarit se plantea la cuestión de si debe o no jugar la subrogación real, y afirma al respecto que "la respuesta debe ser positiva, en base al principio de la inalterabilidad del valor de la masa patrimonial y al respeto debido a los derechos de quien, en su día, será heredero (136).

La Compilación navarra otorga a los fiduciarios que sean el cónyuge o los ascendientes, plenas facultades de disposición, remitiendo en otro caso a las normas de la comunidad hereditaria. Nada se prevé, sin embargo, en torno a la subrogación real; posiblemente, en aras del principio general de libertad de disposición sucesoria, tradicional en Navarra, y regulado hoy específicamente en la ley 149 de su Compilación.

Como decía, la única legislación que contempla específicamente la entrada en juego del mecanismo subrogatorio es la catalana. En el Art. 148, 3ª del Código de Sucesiones de Cataluña, se conceden al

(136) Op. cit. pág. 357.

cónyuge vido fiduciario "plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados".

No existe en el Derecho aragonés, en sede de fiducia sucesoria, un precepto similar. Sin embargo, en aquellos casos en los que sea fiduciario el cónyuge viudo con viudedad universal, considero que puede alcanzarse el mismo resultado a través de la disposición contenida en el Art. 83 de la Compilación foral, conforme a la cual, cuando se enajena la propiedad de determinados bienes pertenecientes a los herederos en nuda propiedad, y al cónyuge viudo, en usufructo viudal, "salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado". Una norma que, aún cuando está concebida para los casos en los que los sucesores del premuerto sean efectivos nudo propietarios de los bienes hereditarios, por haber aceptado la herencia –directa o en fiducia–, no parece que haya grave inconveniente para aplicarla también al supuesto ahora planteado, en aras de esa salvaguarda de los derechos de los herederos del comitente, de que hablaba Tamarit para el Derecho vasco.

CAPITULO VIII

EXTINCCION DE LA FIDUCIA

En el capítulo V de esta obra hemos analizado dos de los momentos importantes en todo el proceso fiduciario, el de la constitución y el del nacimiento de la fiducia. Desde este último, la "delegación sucesoria" en que la misma consiste puede tener una duración más o menos dilatada en el tiempo (el periodo durante el cual puede ser ejercitada por el fiduciario), dependiendo, fundamentalmente, de la norma positiva que la regule, de la voluntad del comitente y de la propia voluntad del fiduciario.

En principio, y en tanto la ley lo permita, la fiducia tendrá la duración que el mismo comitente desee; en realidad, nadie mejor que él para prever al respecto lo más adecuado a la ordenación de su propia herencia. Pero dado que la "delegación sucesoria" presupone la atribución de unas facultades de utilización estrictamente voluntaria, en no pocas ocasiones su duración va a depender, a la postre, de la propia decisión del fiduciario.

Existen, sin embargo, otras varias causas, ajenas a las voluntades de comitente y fiduciario, que pueden provocar la extinción de la fiducia.

En general, las distintas legislaciones civiles españolas son bastante parcas a la hora de regular estas causas. En concreto, la Compilación aragonesa sólo alude específicamente a cuatro, y todas ellas, referidas solamente al supuesto de fiducia entre cónyuges: las nuevas nupcias del fiduciario, la nulidad matrimonial, la separación conyugal y el divorcio (cfr. Art. 110, 2 y 3).

Hay, sin embargo, un texto legal, la Compilación vasca, que, en su regulación para Vizcaya del testamento por comisario, establece una enumeración, prácticamente exhaustiva, de esas posibles causas. Conforme a su Art. 48, "el poder testatorio se extinguirá:

"1. Al expirar el plazo establecido para su ejercicio.

"2. Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al comisario.

"3. En el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio.

"4. Cuando el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario.

"5. Por renuncia.

"6. Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder.

"7. Por las causas previstas en el propio poder.

"8. Por revocación".

A continuación, analizaré todas las posibles causas de extinción de la fiducia sucesoria aragonesa, empezando, lógicamente, por las que la Compilación de Aragón establece específicamente, para tratar de ver, a continuación, cuales otras, de las reguladas por la Compilación vasca y por otros ordenamientos civiles españoles, pueden ser aplicables al Derecho aragonés. "

1. NUEVO MATRIMONIO DEL FIDUCIARIO.

Como antes indicaba, a ella se refiere de forma expresa el Art. 110, 2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón: "El cónyuge que contraiga nuevas nupcias pierde su condición de fiduciario, salvo disposición expresa del causante".

En primer lugar, señalar que esta causa de extinción de la fiducia viene determinada, legalmente, para el supuesto de la otorgada entre cónyuges (único supuesto de fiducia individual en una interpretación estricta de la ley, o uno de los posibles si se admite la interpretación amplia que he defendido en el capítulo IV de esta obra).

Desde luego, si se acepta la posibilidad de la fiducia otorgada por personas no casadas, o por éstas en favor de personas distintas de su cónyuge, habrá que convenir que la causa de extinción que ahora se estudia no tiene por qué ser aplicable.

El hecho de que el cónyuge del comitente, cuando exista, contraiga nuevas nupcias, si la fiducia no le ha sido encomendada, no tiene por qué alterar ésta; parece que entonces no existirá el motivo sobre el que esta causa de extinción se fundamenta.

Ese motivo, al decir de la doctrina, no es otro que la pérdida de confianza que conlleva el nuevo matrimonio del fiduciario. Para el Derecho de Vizcaya, Adrián Celaya, citando a Pascual y Ruiz y a Coll y Rodés, y en unos términos que considero manifiestamente exagerados, afirma que el cónyuge que se vuelve a casar debe perder sus atribuciones fiduciarias por haber demostrado con ello "su dejación o apartamiento de la familia del primer matrimonio y cierta indiferencia hacia ella, incompatible con el interés que debe presidir la elección... En materia tan delicada como ésta habrá que tener en cuenta la naturaleza del cargo de comisario, que por ser un cargo de confianza, que exige la más absoluta imparcialidad en quien lo ejerce, debe quedar sin efecto en el momento en que dicha imparcialidad pueda ser puesta en tela de juicio, o, mejor dicho, cuando exista un temor racional y fundado de parcialidad por la mutación de afectos que las segundas nupcias hacen presumible" (137).

Como digo, me parece que son expresiones un tanto exageradas, difícilmente mantenibles en el momento social que nos toca vivir. Creo que para justificar esta causa de extinción de la fiducia basta con estimar que lo que existe es una presunción legal, en virtud de la cual el legislador trata de "sustituir" la voluntad del causante y determinar lo mismo que éste hubiera previsto en vida. Es también una medida de prevención, dictada en beneficio de los "presuntos herederos".

Precisamente, la propia Compilación admite un claro supuesto de excepción al respecto, cuando el Art. 110, 2 dispone la no extinción de la fiducia por nuevas nupcias del cónyuge viudo fiduciario en aquellos casos en los que el mismo comitente haya dispuesto otra cosa. Es una excepción de corte similar a la establecida en el Art. 86,1, 2º del mismo cuerpo legal para el usufructo de viudedad. Aunque ambas instituciones –viudedad y fiducia– no son iguales, ni responden a los mismos objetivos: el usufructo viudal tiene una manifiesta finalidad económica y trata de conseguir que el cónyuge viudo mantenga una posición al respecto, similar a la que tenía viviendo su consorte; con la fiducia, además

(137) "El testamento por comisario" cit. pág. 781.

de otros objetivos distintos (cfr. lo dicho en el capítulo III de esta obra), cuando se busca la mayor protección del cónyuge viudo fiduciario, dicha protección no es sólo, ni siquiera principalmente de naturaleza económica, sino que con ella, como antes decía, se pretende colocar al viudo en una situación de preeminencia familiar, de todo orden, frente a los "presuntos herederos", normalmente los hijos.

A este respecto, y pensando en una futura reforma de la Compilación aragonesa, conviene hacer notar que hay legislaciones civiles españolas, como la balear y la catalana, que no establecen entre las causas de extinción de su "delegación sucesoria", las nuevas nupcias del cónyuge viudo fiduciario. Otras, sin embargo, como la vizcaina y la navarra, la determinan de forma expresa. En el Derecho aragonés, las nuevas nupcias del cónyuge fiduciario no determinan la extinción de la fiducia cuando ésta ha sido concedida, con carácter colectivo, a varias personas y, entre ellas, el propio cónyuge. Así cabe deducirlo de los Arts. 114,1 y 115,1, 1º y 2º de la Compilación. Conforme al primero, de la especial fiducia colectiva para el nombramiento de heredero único formará parte el cónyuge viudo "mientras permanezca viudo"; en el segundo, y, según he defendido más arriba, para todo supuesto de fiducia colectiva, forma parte de ésta el "cónyuge viudo" que, en la medida en que no lo sea o deje de serlo, debe considerársele excluido de la misma. Así pues, el nuevo matrimonio del cónyuge viudo fiduciario no provocará la extinción de la fiducia colectiva; ésta seguirá existiendo con el resto de los miembros que la integren.

2. VIDA MARITAL DE HECHO DEL FIDUCIARIO.

Aunque la Compilación aragonesa no prevé esta causa de extinción de la fiducia, la traigo aquí a colación por la proximidad que la misma tiene con la analizada en el apartado anterior. Precisamente, el Art. 48 de la Compilación vasca la incluye en el mismo apartado que las ulteriores nupcias del comisario.

La situación de hecho que representa la pareja estable no casada es un fenómeno social al que el legislador moderno comienza a prestar atención, unas veces para atribuir a sus miembros similares derechos que los que tiene el matrimonio, y otras, justamente al contrario, para cercenárselos. Aunque todavía no existe una normativa ni una jurisprudencia estables ni definitivas en esta materia, sí se advierte una cierta tendencia a ponderar en cada caso

los intereses en juego, orientando la solución hacia la protección del más necesitado (ese ha sido, por ejemplo, a mi juicio, el criterio de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de arrendamientos urbanos, concediendo la prórroga del inquilinato al supérstite de una pareja estable no casada).

La primera y única vez que el legislador aragonés se planteó estas cuestiones fue en la reforma autonómica de 21 de mayo de 1985, a propósito del usufructo de viudedad. Se introdujo entonces, en el Art. 86 del texto foral, una nueva causa de extinción del usufructo viudal, junto a las nuevas nupcias del cónyuge viudo: llevar éste "vida marital estable". La justificación de esa causa estaba clara en la mente del legislador aragonés: impedir el fraude que para los herederos nudo propietarios puede suponer el hecho de que el cónyuge viudo, y con la sola finalidad de evitar la pérdida de su derecho de viudedad, no llegue a contraer matrimonio con su nueva pareja.

Sin embargo, los elaboradores de la ley de reforma autonómica dicha no consideraron que esa misma situación de pareja no casada debiera producir la extinción también de la fiducia; porque, pudiendo haber modificado entonces el punto 2 del Art. 110 de la Compilación (como modificaron el 3), no lo hicieron.

Y si ello es así, no creo de ninguna manera que la causa prevista de segundas nupcias del viudo, determinante de la extinción de la fiducia, pueda ampliarse al supuesto de llevar el fiduciario vida marital estable. Rechazo, por ello, los argumentos que al respecto esgrime Emilio Latorre, quien, al plantearse esta misma cuestión, dice que para resolverla "nada mejor que acudir a aquellas reglas recogidas en la Compilación mediante las que la sociedad considera que se ha perdido esta confianza (la del comitente en el fiduciario); me estoy refiriendo al artículo 86 de este cuerpo legal, que al recoger los casos en que un cónyuge pierde el usufructo legal, nos da la prueba que necesitamos para considerar que se ha incurrido en indignidad de desempeñar tan importante función; por ello, repugnaría admitir que un cónyuge que se ve privado del usufructo viudal siguiera desempeñando una función superior como es la de ordenar la sucesión del causante..." (138).

Ya he dado mis argumentos en contra de esta posición.

(138) Op. cit. pág. 282.

3. NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACION Y DIVORCIO DE COMITENTE Y FIDUCIARIO.

Estas son unas causas previstas, lógicamente, para los supuestos habituales en los que la fiducia ha sido concedida de un cónyuge al otro (y, normalmente, de forma recíproca).

Con respecto a ellas surge una primera cuestión importante. Técnicamente, ¿debe hablarse de extinción de la fiducia, o, mejor, de no nacimiento de la misma? En capítulos anteriores he dejado clara la diferenciación entre ambos momentos, el de constitución de la "delegación sucesoria" (cuando el comitente la prevé en testamento o escritura pública), y el de su nacimiento (que se produce al fallecimiento del causante-comitente).

Pues bien, en circunstancias normales estas causas que ahora contemplamos no son tanto propiamente de extinción del encargo fiduciario, cuanto de no nacimiento del mismo. Y ello es así porque la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio se habrán producido, en la mayor parte de los casos, con anterioridad al fallecimiento del comitente.

Sin embargo, la cuestión, importante, se suscita en torno a la posibilidad legal de llegar a obtener una sentencia de nulidad matrimonial, de separación conyugal o de divorcio, una vez ya fallecido uno de los cónyuges. Es decir, si cabe que, iniciado uno de tales procesos matrimoniales, y fallecido uno de los consortes en el "interim", puedan los herederos (o "presuntos herederos" y/o legitimarios en caso de fiducia) continuar el mismo hasta su conclusión; y aún más, si es posible, en alguno de tales supuestos, que la acción pueda ser entablada por los herederos cuando uno de los cónyuges ya ha fallecido.

El problema se puede suscitar en la medida en que la Compilación aragonesa remite la ineficacia del "nombramiento de fiduciario" (con gran acierto, a mi juicio, se eludió el hablar aquí de extinción de la fiducia) a la "sentencia firme" obtenida en cualquiera de las tres causas matrimoniales indicadas (criterio seguido, casi literalmente, por la ley 287 de la Compilación navarra de 1987). A diferencia del Derecho vizcaino, en el que, según el citado Art. 48 de la Compilación vasca, "el poder testatorio se extinguirá. por la presentación de la demanda..."; con este distinto criterio se evitan allí la mayor parte de los problemas (que no todos, según veremos) que estas causas matrimoniales plantean en relación con la "delegación sucesoria".

La cuestión parece pacífica en lo que se refiere al proceso de separación matrimonial; ante el silencio del Código en sede de esta materia, la doctrina considera que, iniciado aquel proceso, y fallecido uno de los cónyuges, pueden los herederos continuarlo hasta la obtención de sentencia firme. Fundamentan su argumentación en el Art. 835 del Código que, en sede de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, dispone que "cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del juicio" (139).

Mayores problemas plantean las causas de divorcio. En base a la dicción literal del Art. 88 del Código ("la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges"), la generalidad de los autores considera que, al contrario que en el caso de separación, los herederos del cónyuge premuerto no pueden continuar el procedimiento judicial hasta la obtención de sentencia firme. Así lo afirman, por ejemplo, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (140). Alonso Pérez argumenta ampliamente en defensa de este criterio: "la acción de divorcio —dice— compete "intuitu personae" a uno o a ambos cónyuges y desaparece su legitimación con el fallecimiento de cualquiera de los esposos. La razón es obvia, pues que el divorcio se apoya en circunstancias muy personales e íntimas de los cónyuges..., que no es posible transmitir a nadie y que en ningún caso pueden formar parte del caudal hereditario. Dichas circunstancias motivan la crisis profunda e insuperable de la vida matrimonial concreta de dos personas, y si una de ellas fallece, carece de sentido la solicitud del divorcio, pues que tales circunstancias han perdido para siempre y en el futuro su virtualidad... La acción de divorcio queda extinguida sea cual fuere la fase procesal en que se hallare, destruída automáticamente por la fuerza superior e inexorable de la muerte" (141).

Distinto criterio, por el contrario, mantiene Zanón Masdeu: "La muerte de cualquiera de los cónyuges, lógicamente, extingue la acción de divorcio por tratarse de un derecho personalísimo que, por ello, no se transmite a los herederos. No obstante estimamos que los herederos podrán continuar la demanda del divorcio o la

(139) Vid, entre otros, Puig Brutau, "Fundamentos de Derecho civil", IV-1^º, Edit. Bosch, Barcelona, 1967, pág. 184, y Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida, "Derecho de Familia", Edit. Bosch, Barcelona, 1966, pág. 69.

(140) "Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de Familia", Edit. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 243.

(141) Mariano Alonso Pérez, "Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Código civil", Edit. Civitas, Madrid, 1982, pág. 572.

reconvención formulada por el causante a los efectos de la legítima del cónyuge viudo, del Art. 837 del Código civil o de los derechos que pudiera corresponderle en la sucesión ab intestato del difunto. Tal medida la consideramos ajustada a derecho pues si no se diera lugar a la acción de divorcio el cónyuge sobreviviente sería titular de los precitados derechos hereditarios, y en caso contrario se habrían extinguido" (142).

La verdad es que, ni jurídica, ni socialmente, se halla con facilidad una base suficiente para mantener esa diferenciación establecida en el Código civil entre los procesos matrimoniales de separación y de divorcio. Tan personales pueden ser las causas que motivan la una como el otro, y tan importantes, especialmente en materia sucesoria, los efectos que pueden derivarse de la sentencia obtenida en ambos procedimientos. Opino con Zanón Masdeu que, fallecido uno de los cónyuges en el "interim" de un proceso de divorcio, debe permitirse a los herederos del premuerto (y, en general, a las personas a las que la sentencia puede afectar patrimonialmente), la continuación del mismo hasta la obtención de sentencia firme. De lo contrario, podría darse lugar a situaciones de injusticia; absoluta en todo caso, y comparativa con los supuestos de separación, especialmente en los casos en los que pretende accederse al divorcio directamente, sin la previa separación judicial.

Donde la cuestión se plantea verdaderamente sugestiva es en materia de nulidad matrimonial. El Art. 74 del Código civil da pie a una serie de posibles interpretaciones realmente interesantes. Afirma dicho precepto que están legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial, además de los cónyuges y el Ministerio Fiscal, "cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella". Esta afirmación legal ha llevado a algunos autores, como Puig Brutau y Castán, a afirmar que "por regla general la acción de nulidad (matrimonial) puede ser considerada como cuasi pública" (143).

No enteramente pública porque los artículos siguientes, el 75 y el 76, matizan de forma importante la afirmación general hecha por el 74: el primero de ellos sólo confiere la acción de nulidad basada en la falta de edad de alguno de los contrayentes, al Ministerio Fiscal y a los padres, tutores o guardadores, durante la minoría de edad del interesado, y a éste exclusivamente, cuando alcance la mayoría; el

(142) Luis Zanón Masdeu, "El divorcio en España", Ediciones Acervo, Barcelona, 1981, págs. 397 y 398.

(143) José Puig Brutau, op. cit. pág. 176.

segundo afirma que "en los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio". De lo que se deduce que esa cuasi publicidad de la acción sólo puede darse en los supuestos en los que la causa de nulidad esté basada en: falta de consentimiento matrimonial, matrimonio celebrado sin la intervención del funcionario competente o de los testigos, el contraído por personas ya casadas entre sí y el que tiene lugar entre parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o en línea colateral por consanguinidad de primero o segundo grado.

Por otra parte, a la hora de interpretar el Art. 74 del Código, Bonet Navarro considera que "interesados" a los efectos del ejercicio de la acción de nulidad matrimonial pueden serlo "los hijos o cualquier otra persona que tenga interés directo y legítimo en la nulidad (herederos, acreedores de cualquiera de los cónyuges o de la sociedad conyugal, parientes)", y, basado en los criterios del autor italiano Punzi, afirma que interesados son "todos los que encuentran en el matrimonio título para sus derechos y que..., con el reconocimiento de la sentencia de nulidad, podrían ver modificado o suprimido, bien su contenido, bien la modalidad de su ejercicio" (144).

En lo que concierne a la continuación del proceso de nulidad por el heredero del cónyuge premuerto, otro autor, José Antonio Doral lo admite de forma expresa en base a la "legitimación que en esa cualidad de heredero ostenta... (como) custodio de los 'derechos de la personalidad pretérita'... (porque) el de celebrar matrimonio, libre y voluntario, es uno de esos derechos" (145).

No existe, pues, discusión en torno a la posibilidad que determinadas personas, además de los cónyuges, tienen de iniciar y proseguir en caso de fallecimiento de uno de los consortes, la acción de nulidad del matrimonio de éstos. Sin embargo, creo que cuando los autores defienden este ejercicio de la acción por parte de estos otros "interesados" lo hacen desde la perspectiva del proceso de nulidad entablado en vida de ambos cónyuges. La cuestión a plantear en este punto es si sería o no posible que esa misma acción pudiera ser ejercitada, "ex novo", por personas interesadas, una vez ya fallecido cualquiera de los cónyuges. Desde el punto de vista estrictamente legal no parece que haya impedimento alguno para ello: en sede de nulidad matrimonial no existe ningún precepto

(144) Angel Bonet Navarro, "Matrimonio y divorcio..." cit., pág. 978.

(145) Op. cit. en nota anterior, pág. 454.

similar al Art. 88 del Código civil, que declare la extinción de la acción por fallecimiento de uno de los cónyuges. Y en el orden social, el mismo interés que esas personas ajenas al matrimonio puedan tener para solicitar la declaración de nulidad de éste, en vida de los cónyuges, lo pueden tener una vez fallecido uno de éstos. ; es más, puede llegar a suceder que ese interés no sea "descubierto" hasta acaecido el óbito de uno de los consortes. Precisamente, este puede ser el caso de la fiducia, especialmente, cuando esta ha sido concedida mediante testamento (normalmente, desconocido por los "presuntos herederos").

En contra de este criterio podría aducirse que, en ciertos supuestos, las consecuencias para los cónyuges de una nulidad declarada en vida de ambos pueden ser bien distintas de la decretada "post mortem". Cuando la causa de la nulidad consista en la falta de prestación del consentimiento o en la celebración del matrimonio ante funcionario incompetente o sin la presencia de testigos, una vez pronunciada la nulidad, todavía podrán los contrayentes reparar el defecto, mediante la iniciación de un nuevo expediente matrimonial y su conclusión en forma; lo que no podrían realizar, lógicamente, si uno de ellos ya había fallecido.

Realmente, dado el complicado juego de intereses en esta materia, creo que habrán de ser los Tribunales los que, llegado el caso, digan al respecto la última palabra. Por mi parte pienso que la acción de nulidad "post mortem" debería admitirse, al menos, en aquellos supuestos en los que la causa que la provoca sea "irreparable", de manera que ni los propios cónyuges, en vida, hubieran podido evitar la definitiva anulación de su matrimonio, sin esa posibilidad de subsanación a que me acabo de referir: así será en los casos de existencia de los impedimentos matrimoniales de parentesco antes dichos. Y, quizás, también debería admitirse en aquellos otros casos en los que, existiendo una causa de nulidad de las "subsanales", pudiera demostrarse cabalmente la mala fe de los cónyuges quienes, conociéndola, la hubieran mantenido oculta con la intención de generar la apariencia de un matrimonio inexistente (con el consiguiente perjuicio para las personas cuyos derechos se ven modificados por consecuencia de ese matrimonio).

En cualquier caso, y al igual que decía en el tema de la gestión del patrimonio hereditario pendiente la fiducia, esas personas interesadas con posibilidad de ejercitar la acción de nulidad del matrimonio del comitente, serán las que, en terminología de De Castro, son titulares de un derecho eventual sobre los bienes hereditarios, es decir, los

posibles beneficiarios de la fiducia si han sido designados por el causante y/o sus presuntos herederos, llamados supletoriamente por el comitente en defecto de ejercicio del encargo fiduciario en todo o en parte, y, en última instancia, los posibles herederos abintestato, también en defecto del ejercicio fiduciario. Personas todas ellas que, al igual que sucede en la separación y en el divorcio, pueden tener un importante interés en que no aparezca como comisario quien legalmente no puede serlo, máxime, teniendo en cuenta las facultades amplísimas que el fiduciario puede tener en el Derecho aragonés, en el que la legítima tiene carácter colectivo y global, por lo que, salvo disposición contraria del causante, puede ser distribuída de tal manera que, incluso, se llegue a no dejar nada a alguno de los hijos o descendientes.

Curiosamente, frente a todas las disquisiciones doctrinales apuntadas, especialmente, en materia de continuación de la acción de divorcio por los herederos del cónyuge premuerto, en la reciente reforma de su Derecho Sucesorio, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha resuelto y zanjado definitivamente la cuestión. En el Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991, y tanto al tratar de la sucesión intestada del cónyuge viudo (Art. 335), cuanto en la regulación de la cuarta viudal (Art. 381), la ley permite a los herederos del cónyuge premuerto la continuación del proceso correspondiente, ya sea de separación, nulidad o divorcio, sin distinción (146).

Volviendo al supuesto de separación matrimonial, puede surgir la duda de si la fiducia renace "ope legis" y automáticamente por el hecho de la reconciliación producida entre los separados. Yo creo que la respuesta a este interrogante debe ser negativa: la fiducia se extingue y el nombramiento de fiduciario queda sin efecto por la sentencia firme de separación, y su "renacimiento" exigirá un nuevo otorgamiento entre los cónyuges. Como recuerdan los profesores

(146) Estos nuevos textos legales catalanes dan un paso importante en la interpretación del Art. 149. 1. 8º de la Constitución española, en lo que concierne al alcance de las facultades de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, para legislar sobre él. Cuando el texto constitucional reservó al Estado, como competencia exclusiva, "en todo caso, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio", se plantearon no pocas dudas en torno al significado de esta expresión y a las posibilidades que los Derechos civiles territoriales iban a tener para legislar en materia matrimonial, y específicamente, en cuestiones de nulidad, separación y divorcio. Hoy, en un aspecto concreto -la continuación de los correspondientes procesos, por los herederos del cónyuge fallecido-, el Derecho catalán se separa del Código civil. Antes ya lo había hecho la Compilación aragonesa, tras su reforma autonómica de 21 de mayo de 1985, al establecer en su Art. 78 que en los casos de nulidad, separación y divorcio, "el Juez, al apreciar las circunstancias para fijar la pensión o indemnización debidas, tendrá en cuenta, además, la extinción del derecho

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, producida la reconciliación, lo que queda sin efecto es lo resuelto en el proceso de separación (cfr. Art. 84 Cc.), pero "no lo resuelto por la ley para el caso de separación judicial" (147); y, desde luego, la ineficacia del nombramiento de fiduciario por sentencia firme de separación es un efecto determinado expresamente por la ley (Art. 110, 3 de la Compilación).

Por fin, lo dicho hasta aquí está planteado para el supuesto de fiducia individual. Queda por saber las consecuencias de la nulidad matrimonial, de la separación o del divorcio del matrimonio constituido por comitente y fiduciario en el supuesto de fiducia colectiva.

A mi juicio, ningún problema han de plantear los posibles casos de nulidad y divorcio: aunque los Arts. 114 y 115 de la Compilación no contemplan específicamente estos supuestos, de las propias expresiones utilizadas por la ley puede fácilmente deducirse que, anulado el matrimonio o decretado su divorcio, no puede uno de los implicados ser fiduciario del otro. En efecto, el Art. 114 incluye en la fiducia colectiva para la designación de heredero único de la Casa, al "cónyuge sobreviviente, mientras permanezca viudo"; y el Art. 115, para la fiducia colectiva en general, habla de la inclusión en ella del "cónyuge viudo". Y, desde luego, producido el divorcio o declarada la nulidad matrimonial, deja de existir "cónyuge", ni el sobreviviente de la pareja tiene la consideración de "viudo".

Más difícil se plantea la cuestión en los casos de separación matrimonial, pues en ellos el matrimonio sigue existiendo, y los miembros de la pareja mantienen la consideración legal de cónyuges. Yo creo que, una vez más, y partiendo de la mala sistemática de la Compilación en toda esta materia, hay que concluir que el Art. 110 de la misma debe ser considerado como una norma de carácter general, válida para ambos tipos de fiducia, la individual y la colectiva. Y en base a ello considerar que también deja de formar parte de ésta el cónyuge del comitente respecto de cuyo matrimonio se ha dictado sentencia firme de separación.

expectante de viudedad". Pese a ambas normas, y pese a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1993, con su acuñado concepto de "instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación", hoy estamos lejos todavía de conocer, con toda precisión, los límites concretos dentro de los que pueden actuar los Parlamentos autónomos, en el ámbito de sus respectivos Derechos civiles territoriales, especialmente, en materias como éstas de la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio, en las que la legislación estatal juega un papel tan importante.

(147) "Elementos..." cit. pág. 225.

En todo caso, y como antes decía para el supuesto de segundas nupcias del cónyuge fiduciario, también aquí, si se produce la separación o el divorcio, o se declara la nulidad matrimonial, el consorte afectado deja de formar parte de la fiducia colectiva, pero esta no se extingue, sino que subsiste con el resto de los miembros que deban integrarla.

4. TENER EL FIDUCIARIO UN HIJO NO MATRIMONIAL.

Para el Derecho vizcaino esta es una causa determinante de la extinción del "poder testatorio", "salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario".

No creo que en el Derecho aragonés existan términos legales hábiles para extender a la fiducia sucesoria esta misma causa de extinción.

En primer lugar, hay que pensar en todos aquellos supuestos en los que el fiduciario no sea el cónyuge viudo del comitente; la tenencia por aquél de un hijo fuera de su matrimonio en nada ha de influir en el cumplimiento de su encargo sucesorio.

Y en aquellos otros casos en que sí lo sea, en muchas ocasiones la facultad fiduciaria no tiene por qué verse afectada en su ejecución por la existencia de un hijo extramatrimonial del fiduciario. En gran parte de las ocasiones en las que, en la práctica actual, se otorga fiducia sucesoria, ésta va referida exclusivamente a la distribución de los dos tercios de legítima (por haberse nombrado los cónyuges, entre sí, herederos en el tercio de libre disposición de sus respectivos patrimonios hereditarios); distribución en la que nunca podrá participar ese hijo extramatrimonial del fiduciario, al no tener la consideración de legitimario del causante.

El problema podrá aparecer en los casos en los que el causante, con hijos comunes de su matrimonio con el fiduciario, hubiera confiado a éste las más amplias facultades para ordenar íntegramente su sucesión y distribuir su total patrimonio hereditario. Porque entonces el fiduciario sí podrá hacer uso del encargo sucesorio para beneficiar en el tercio de libre disposición a su hijo no matrimonial.

Pero aún en este supuesto habría que distinguir si la existencia de este hijo era o no conocida por el comitente. Porque si lo era y no tomó ninguna precaución al formalizar el encargo fiduciario, hay que presumir que no tenía inconveniente alguno en que ese hijo de

su cónyuge llegara a ser favorecido en alguna porción de su herencia.

La cuestión no pasó por alto a los miembros de la Comisión de Juristas encargada de la elaboración del Anteproyecto de la ley autonómica de reforma de la Compilación aragonesa de 21 de mayo de 1985. En las discusiones habidas en su seno se planteó en un determinado momento el posible peligro para los hijos comunes de comitente y fiduciario, si éste llegaba a tener un hijo no matrimonial, desconocido por el causante, y la fiducia se concedía en los más amplios términos patrimoniales. Se llegó incluso a tener en cuenta la posibilidad de que el hijo extramatrimonial no lo fuera del fiduciario, sino del propio comitente. Y se convino que no era preciso, para estos casos, introducir ninguna especial causa de extinción de la fiducia, sino que bastaba, si se quería excluir de ésta a los hijos extramatrimoniales, con tener la preocupación, en el momento de constituir el encargo fiduciario, de limitar su ejecución a sólo los hijos u otros descendientes comunes del matrimonio.

Habrà quien aduzca que la tenencia por el fiduciario de un hijo extramatrimonial, desconocido por el comitente, presupone una causa determinante de la pérdida de la confianza que éste ha depositado en su fiduciario; mucho mayor si lo ha engendrado constante matrimonio con el causante, que si ha sido antes de su celebración, o después de su fallecimiento. Y ello puede ser cierto; pero para que este evento pudiera ser determinante de la extinción de la fiducia tendría que existir una norma legal que permitiera, y siempre en vía judicial, la revocación del encargo fiduciario.

5. CONCLUSION DEL PLAZO ESTABLECIDO.

Al hablar en el capítulo VI de esta obra, de la ejecución de la fiducia, comentaba la posibilidad de que la misma esté sometida a un plazo para su ejercicio, bien por determinación del propio comitente, bien por disposición de la Autoridad judicial a solicitud de "cualquier persona con interés legítimo" (cfr. Art. 118 de la Compilación).

Recordaba también que el Juez sólo puede imponer plazo de ejecución al fiduciario cuando éste no sea el cónyuge viudo. Y, por tanto, en aquellos casos en que el viudo fiduciario no tenga plazo determinado por el causante, se entiende que el encargo puede realizarlo a todo lo largo de su vida, sin limitación alguna. Lo que, en definitiva, es buscado de intención muchas veces, por el propio

comitente, con el objeto de conseguir ese robustecimiento de la posición jurídico-económica del fiduciario frente a los hijos, que constituye una de las finalidades prácticas más importantes de la fiducia sucesoria en Aragón.

Pues bien, cuando el fiduciario tenga un plazo de ejecución, la no realización de la fiducia, durante él, da lugar, en principio, a la extinción del encargo. Y digo en principio porque cuando sea el Juez de Primera Instancia el que haya establecido el plazo, creo que, con la misma autoridad, dadas las circunstancias del caso, y a solicitud del propio fiduciario, podrá igualmente prorrogarlo. No así, según creo, cuando el plazo haya sido fijado por el comitente.

6. MUERTE, IMPOSIBILIDAD O INCAPACIDAD DEL FIDUCIARIO.

A las tres se refiere, expresa y conjuntamente, el Art. 48 de la Compilación vasca.

No cabe la menor duda de que la muerte del fiduciario extingue el encargo hecho por el comitente. El carácter personalísimo que se predica, unánimemente, del cargo de fiduciario, hace que su "mandato" no sea transmisible, en modo alguno, a sus sucesores.

Al fallecimiento habrá que equiparar, según creo, la declaración judicial de fallecimiento.

La incapacidad del fiduciario, aunque nada diga al respecto la Compilación aragonesa, debe ser también causa de extinción de la fiducia. En el Derecho vasco se habla, con buena técnica, de "incapacidad sobrevenida", es decir, la que se produce, o mejor, la que se declara judicialmente una vez fallecido el comitente. La que tenga lugar con anterioridad no será un supuesto de extinción, sino de no nacimiento de la fiducia.

Yo creo que en este caso la extinción se produce de manera automática: basta con la declaración judicial al respecto, para que el encargo fiduciario quede sin efecto. La duda en esta materia surgirá en los supuestos de incapacidad relativa; entiendo que en ellos habrá que estar a la decisión del Juez, no bastando, a mi juicio, con que éste se pronuncie acerca de la posibilidad del incapacitado para otorgar testamento o, en general, para ordenar su sucesión, sino que en la resolución correspondiente deberá determinarse si el sujeto en cuestión es o no apto para hacer uso de la fiducia, con lo que ello conlleva de ordenar la sucesión de un tercero.

Más dudosa resulta en su aplicación al Derecho aragonés la causa que invoca la Compilación vasca, de "imposibilidad" del fiduciario para ejecutar el encargo. En primer lugar, por la ausencia total de una norma en la Compilación aragonesa que ampare esa posibilidad. En segundo lugar, por la propia vaguedad e imprecisión del término "imposibilidad". Este es, a mi juicio, un concepto trasladado a los Derechos civiles territoriales desde el Art. 1377 del Código civil en su reforma de 1981 (autorización del juez para realizar "uno o varios actos dispositivos" de los bienes de la sociedad de gananciales, cuando uno de los cónyuges estuviese "impedido" para prestar su consentimiento); su reflejo en la Compilación aragonesa se encuentra en el Art. 50, inspirado claramente en el mencionado del Código ("Cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento sobre uno o varios actos de administración o disposición de los bienes comunes, resolverá el Juez").

Insisto en que no me parece que éste sea un criterio trasladable a la Compilación aragonesa para el supuesto de fiducia. No dudo que en una futura reforma del texto legal aragonés deba plantearse esta posibilidad, e igual que antes decía para el supuesto de que el fiduciario tenga un hijo extramatrimonial, autorizarse la revocación judicial de la fiducia para el caso de comprobar la existencia de una imposibilidad manifiesta y duradera, por parte del fiduciario, para llevar a cabo su encargo sucesorio. Hoy, sin embargo, creo que esta posibilidad no podría abrirse camino en los tribunales.

En la fiducia colectiva, sin embargo, ni la muerte, ni la incapacidad de uno de sus miembros extingue el encargo sucesorio. Ambos eventos sólo determinan la sustitución judicial de la vacante producida, de conformidad con lo dispuesto en el inciso último del Art. 116 de la Compilación. Solamente cuando no sea posible proveer las vacantes producidas, la fiducia quedará extinguida (y, desde luego, salvo previsión contraria del comitente).

7. RENUNCIA DEL FIDUCIARIO.

Poco cabe decir de este supuesto de extinción de la fiducia. Como cargo voluntario y personalísimo que es, el fiduciario puede renunciar a sus atribuciones en cualquier momento.

La renuncia es un acto unilateral que extingue automáticamente la fiducia.

En el orden formal, creo que la renuncia deberá constar en escritura pública, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 111 de la Compilación: en definitiva, la renuncia no deja de ser uno de esos actos del fiduciario en cumplimiento del encargo sucesorio a que se refiere el precepto. Y, por ello, considero que si la misma consta de forma distinta (de palabra o en documento privado), los "presuntos herederos" podrán exigir judicialmente su formalización en escritura.

En la fiducia colectiva, la renuncia de alguno de sus miembros no determina la extinción del encargo, sino la sustitución del renunciante, de conformidad con lo previsto en el último inciso del Art. 116 de la Compilación, a que antes me refería. La renuncia sólo puede producir la extinción del encargo colectivo cuando sea imposible cubrir la o las vacantes producidas (y, una vez más, salvo previsión contraria del comitente).

8. INDIGNIDAD SUCESORIA DEL FIDUCIARIO.

El Art. 48 de la Compilación vasca recoge expresamente, como causa de extinción del "poder testatorio", el "incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder".

No me cabe la menor duda de que todos los actos a que se refiere el Art. 756 del Código civil, cometidos por el fiduciario contra la persona del comitente o contra sus descendientes, deberían ser causa de extinción de la fiducia, también en el Derecho aragonés. Son actos muy graves que determinan una pérdida de la confianza en que la "delegación sucesoria" se basa. Sin embargo, una vez más tengo que insistir en que la Compilación no ofrece, a mi juicio, cauce legal alguno para ello. De ahí que tampoco en este caso parece fácil que pueda prosperar una acción judicial para solicitar la extinción del encargo fiduciario.

9. EXTINCION DE LA FIDUCIA POR LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL DOCUMENTO DE SU CONSTITUCION.

Evidentemente, el comitente tiene en sus manos el constituir la fiducia en los términos que considere oportunos, estableciendo en el documento correspondiente cuantos plazos, condiciones y demás limitaciones quiera; y tanto para el inicio de la función fiduciaria, cuanto para su ejecución e, incluso, su extinción.

Responde ello, en general, a la propia esencia y naturaleza de la "delegación sucesoria", y en particular, al principio de libertad civil plasmado, para el Derecho aragonés, en el apotegma jurídico "standum est chartae", regulado en el Art. 3 de la Compilación.

Por ello, y teniendo en cuenta precisamente este precepto, el comitente podrá establecer cualesquiera causas de extinción de la fiducia; y habrá que atenerse a su disposición, a no ser que resulte "de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón".

En general, en la práctica no suele tenerse en cuenta esta posibilidad. Y, sin embargo, los profesionales del Derecho, y en especial, los Notarios deberíamos empezar a considerarla, precisamente para evitar todos esos supuestos "indeseados" de fiducia, a los que me vengo refiriendo a lo largo de este capítulo. A través de una ordenación más minuciosa de la fiducia, de lo que habitualmente se viene haciendo, estableciendo en su constitución las posibles causas de extinción de la misma, se podría impedir que una persona siga siendo fiduciario cuando tiene un hijo extramatrimonial, cuando mantiene una vida marital de hecho, cuando se encuentra imposibilitada para el ejercicio de su encargo, o cuando realiza alguno de los actos que dan lugar a la indignidad para suceder.

En definitiva, mi propuesta va en la vía de intentar "reconstruir" o "reordenar" la fiducia sucesoria aragonesa a través del documento notarial, saliendo al paso, por este camino, de las imperfecciones y lagunas de que adolece en esta materia la Compilación aragonesa. Un camino que ofrece hoy unas mayores posibilidades que la vía judicial: en el testamento o en la escritura pública el Notario puede llegar a formular una completa regulación de la fiducia, lo que el juez no puede realizar al verse constreñido por unas normas que apenas le dejan margen de maniobra.

10. LA REVOCACION DE LA FIDUCIA.

Este supuesto, contemplado también por la Compilación vasca para el Derecho de Vizcaya, no puede ser considerado como un verdadero caso de extinción de la "delegación sucesoria". Cuando el comitente revoca el encargo fiduciario, este todavía no ha nacido, según antes explicaba.

Desde que el causante delega la ordenación de su sucesión hereditaria mediante fiducia, hasta que esta nace por fallecimiento de

aquél, media un tiempo, más o menos largo, durante el cual el comitente puede verificar cuantas modificaciones y alteraciones desee al respecto. Y, entre ellas, desde luego, revocar el nombramiento del fiduciario único o de todos o parte de los miembros de la fiducia colectiva.

Si la revocación es total, la fiducia, en principio, quedará sin efecto. Si es parcial (afectante sólo a alguno de los componentes de la colectiva), habrá que estar a la voluntad del comitente para averiguar, posiblemente a través de ambos documentos –el de constitución y el de revocación–, si su deseo es que el encargo quede definitivamente sin efecto, o que se cumpla por aquellos cuyas atribuciones no hayan sido revocadas.

En el orden formal entiendo que, en aplicación del Art. 111 de la Compilación, la revocación deberá constar también en testamento o en escritura pública. Y que no tendría validez alguna la que constara en documento privado “inter vivos”.

11. ¿EXTINCION POR VOLUNTAD DE LOS BENEFICIARIOS?

Es esta una cuestión que creo que ningún intérprete debería plantearse: la ordenación de la sucesión hereditaria por medio de fiducia responde, cuando existe, a la estricta voluntad del causante que, salvo los supuestos legales dichos de extinción, nadie puede alterar, modificar o suprimir. Y ello, según creo, cualesquiera que sean las atribuciones conferidas al fiduciario: de total ordenación de la sucesión, de elección de los sucesores o solamente de mera distribución entre los ya designados por el comitente.

Sin embargo, es necesario traer aquí esta cuestión por causa de tres antiguas sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza en las que el juzgador aragonés parece mantener distinto criterio.

Así, en la primera de ellas, de 6 de septiembre de 1951, afirma que “cuando en unas capitulaciones matrimoniales se establecen pactos que tienden a asegurar el equitativo reparto de bienes entre los hijos (se había establecido fiducia colectiva a favor del cónyuge y dos parientes), es claro que la misma finalidad se obtiene si son los mismos hijos los que de mutuo acuerdo se distribuyen los bienes y pactan sobre los mismos”.

En una posterior sentencia de 9 de mayo de 1956 se resolvió un caso en el que el causante había nombrado fiduciario a su cónyuge y, por fallecimiento de éste, a dos parientes, para distribuir los bienes hereditarios entre sus dos hijos. La Audiencia da por buena la

partición llevada a cabo por éstos, sin intervención de los fiduciarios, considerando que "la herencia de don... siempre habría de ir a parar a favor de sus dos hijos, en la porción que la madre o los parientes señalaran, pero siempre a favor de los dos hijos, y si esto es así, y por disposición expresa del finado, eran herederos, en consecuencia se encontraban legitimados activamente para hacer la distribución de la misma en la forma que estimaran conveniente".

Por fin, la sentencia de 19 de abril de 1963, reiterando la doctrina de las dos anteriores dice textualmente que "concedida la fiducia al cónyuge sobreviviente para que la utilice del modo que tenga por conveniente... son válidos los pactos de todos los herederos... para derogar o modificar la fiducia o dejarla sin efecto".

Manifiesto mi más rotunda oposición a estos criterios jurisprudenciales en los cuales, a mi modo de ver, se transgreden los más elementales principios sucesorios en relación con las figuras de "delegación sucesoria", y en especial, de la fiducia aragonesa.

Para empezar, en tales resoluciones se califica de herederos a los que todavía no lo son. Como ya he explicado suficientemente a lo largo de estas páginas, en la herencia ordenada por medio de fiducia, la vocación hereditaria, aunque sólo sea en el "quantum", queda en manos exclusivamente del fiduciario; mientras éste no designe a los sucesores o, al menos, determine las porciones en que cada uno va a heredar al comitente, no existen términos legales hábiles para aceptar la herencia.

Además, en dichas sentencias se viola uno de los principios básicos del Derecho de Sucesiones en general, y muy en particular, del aragonés, en donde la voluntad del causante es ley fundamental y primera de la sucesión, en tanto no sea de imposible cumplimiento o contraria a norma imperativa (cfr. Art. 3 de la Compilación aragonesa). No pueden los "presuntos herederos" alterar esa voluntad por sí solos. Si su causante ha querido que la herencia se defiera por medio de fiducia, salvo que exista causa legal de extinción de la misma, el encargo fiduciario ha de ser respetado en toda su integridad. A mi juicio, los actos de partición o de distribución verificados por esos "presuntos herederos" sin la intervención del fiduciario, son nulos de pleno derecho.

12. EFECTOS DE LA EXTINCION DE LA FIDUCIA.

Cuando la fiducia se extingue por alguna de las causas apuntadas en este capítulo, el fiduciario, si vive, queda privado de sus

atribuciones, y desde ese momento, cualquier acto que realice en esta materia será nulo.

La ordenación sucesoria del comitente quedará sujeta entonces, o bien a las previsiones que éste haya realizado, o bien a lo que la ley determine.

Normalmente, cuando se constituye fiducia, en el propio documento de constitución se suele prever el destino sucesorio que tendrán los bienes del comitente si el fiduciario no llega a cumplimentar su encargo. Ningún inconveniente habría, desde luego, para que esta previsión supletoria se llegara a formular en documento distinto (incluso, de diferente naturaleza que el primero). En cualquiera de ambos casos, habrá que estar a lo que el causante haya determinado.

En defecto de tal previsión, en todo o en parte, entrará en funcionamiento el mecanismo legal de la sucesión intestada.

En determinados supuestos podrá suceder que en el momento de producirse la extinción de la fiducia, el fiduciario haya ya realizado parte de su encargo. En tales casos, y salvo que el causante haya dispuesto expresamente otra cosa, las actuaciones válidamente realizadas hasta entonces quedarán subsistentes, y la ordenación sucesoria de segundo orden (es decir, la determinada por el comitente o la legal intestada), sólo será aplicable para los bienes de los que no haya dispuesto el fiduciario.

CAPITULO IX

FISCALIDAD DE LA FIDUCIA

La fiducia aragonesa es hoy prácticamente la única institución aragonesa singular contemplada específicamente en la legislación fiscal del Estado. Y, desgraciadamente, su tratamiento, aunque ha mejorado algo con respecto a disposiciones anteriores a la vigente, dista mucho todavía de ser el más adecuado a la realidad de la institución y a su verdadera naturaleza jurídica.

Al respecto, hago mias las palabras de Jesús Fernández Portillo cuando afirmaba que "el tratamiento que el Impuesto sobre sucesiones da a la fiducia aragonesa constituye el mejor exponente de lo que, sin lugar a dudas, puede considerarse como agresión fiscal a nuestra peculiar institución hereditaria" (148). O las de José Luis Pueyo Moy quien decía que "las leyes fiscales han regulado la fiducia sucesoria sin acierto ninguno, con total inoportunidad y absoluto desconocimiento de tan típica figura jurídica aragonesa" (149).

No estoy de acuerdo, sin embargo, con este último autor cuando concluye su crítica aseverando que todo ello "ha abocado en su casi total desaparición" (de la fiducia) (150). No es así. Es posible que otras figuras e instituciones peculiares aragonesas se hayan visto seriamente atacadas en su pervivencia práctica por causa de un inadecuado tratamiento fiscal (por ejemplo, la comunidad conyugal continuada); pero no ésta. El peso de su utilidad es, en la realidad cotidiana de la aplicación del Derecho aragonés, muy superior a los inconvenientes que se derivan de su regulación fiscal. Ya me he referido a ello en el capítulo II de esta obra.

(148) "Fiscalidad de las instituciones civiles aragonesas" ponencia presentada a las Jornadas de Derecho Aragonés, celebradas en Jaca, en homenaje al Prof. Dr. José Castán Tobeñas, durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1990, págs. 112 y 113.

(149) "Hacia una regulación de la fiducia sucesoria en sus aspectos fiscales", comunicación presentada a las Jornadas dichas en la nota anterior, pág. 1.

(150) "Op. cit. pág. 1.

Lo que sí es cierto es que un tratamiento fiscal de la fiducia distinto, acomodado a la verdadera naturaleza de la institución, conseguiría el doble objetivo, nada desdeñable, de responder a los verdaderos principios en que la figura aragonesa está cimentada y de ayudar, desde el punto de vista económico-fiscal, a una mejor protección del patrimonio familiar y, por ende, de la propia familia aragonesa en un momento –el del fallecimiento de uno de sus miembros principales– en el que, probablemente, más lo necesita. Y creo que, además, sin un grave quebranto para las arcas de la Hacienda, en este caso regional.

Para un cabal conocimiento de la actual situación fiscal de la fiducia, y de lo que en un futuro debería ser, conviene analizar no sólo la normativa vigente, sino también la que le ha precedido en un tiempo más o menos próximo.

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCION LEGISLATIVA.

Al hablar de esta materia, los pocos autores que se han ocupado de ella suelen remontarse al Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, de 21 de marzo de 1958, aprobado por el Decreto 176/1959, de 15 de enero. En su Art. 33, 9 disponía que “en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiese disposición en contrario. Al formalizarse la institución por el comisario, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fuesen de cuantía menor que las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna”.

Y en igual sentido, y con idéntica redacción, el Art. 35, 9 del Texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Decreto 1018/1967, de 6 de abril.

Una regulación que, al igual que la actual, adolecía de todos los defectos técnicos propios de una inadecuada adaptación de la norma fiscal a la verdadera naturaleza de la institución civil: daba por supuesta la existencia de la fiducia a favor del cónyuge supérstite, sin contemplar ninguna otra posibilidad de fiducia individual o colectiva; se hablaba de “herederos” con la misma imprecisión técnica que más arriba denunciaba respecto de la sentencia del TSJA de 21 de

mayo de 1993; aludía a una "disposición en contrario" muy difícil de entender (disposición en contrario de quién y a qué efectos). Pero por encima de esas deficiencias técnicas, la norma contenía una disposición final a todas luces injusta al negar el derecho a la devolución de los pagos efectuados por los llamados "herederos", si lo que realmente les correspondía pagar, una vez ejercitada la fiducia, era una cantidad impositiva inferior.

Una injusticia que, a mi juicio, se convirtió en una inconstitucionalidad sobrevenida a raíz de la promulgación de la Constitución española de 1978; su Art. 31 establece, como uno de los fundamentales derechos de los ciudadanos, el sometimiento a "un sistema tributario justo... que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio". Y que la citada norma tenía un verdadero carácter confiscatorio nos lo confirma Cazorla Prieto cuando, al comentar el Art. 31 de la Constitución, recuerda que "el verbo confiscar (del latín 'confiscare'; de 'cion', con y 'fiscus', el fisco) equivale según el Diccionario de la Real Academia Española, a privar a uno de sus bienes y aplicarlos al Fisco" (151), y que la limitación establecida al respecto en el texto constitucional "trata de evitar una privación virtual de la propiedad privada por medios indirectos pero muy eficaces, como son los tributarios" (152). A mi no cabe la menor duda de que el hecho de que una norma legal establezca la no devolución por Hacienda de lo que una persona ha pagado de más, supone una verdadera confiscación.

Y lo grave de todo ello es que la tal norma confiscatoria estuvo vigente y se aplicó hasta la entrada en vigor del actual Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 8 de noviembre de 1991; por tanto, durante trece años después de la entrada en vigor de la Constitución.

Porque, a mi juicio, la promulgación de la Ley de 28 de diciembre de 1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, no supuso ninguna alteración de la situación anterior en lo concerniente a la fiducia aragonesa. Dicha ley derogó la anterior de 1967, pero en su Disposición Adicional Segunda dejó subsistente, hasta la aprobación de un nuevo Reglamento, el entonces en vigor de 15 de enero de 1959. Fernández Portillo cree, a mi juicio erróneamente, que la Ley de 1987 alivió el problema fiscal de la fiducia sucesoria: "algo hemos ganado -dice- al desaparecer de la Ley (de 1987) toda

(151) "Luis M. Cazorla Prieto, en 'Comentarios a la Constitución', obra dirigida por Fernando Garrido Falla, Edit. Civitas, 1ª edic., Madrid, 1980, pág. 396.

(152) Op. cit. pág. 397.

referencia a la fiducia aragonesa en la forma que anteriormente lo hacía el artículo 35 de la ya derogada Ley (de 1967)" (153). Es cierto que la Ley del 87 no hacía referencia alguna a la fiducia; pero no es menos cierto que el mantenimiento de la vigencia del anterior Reglamento del 59, en materia de fiducia dejaba las cosas como estaban.

En relación con todo ello me sorprende que desde la entrada en vigor de la Constitución no se haya planteado por parte de ningún aragonés (al menos, en lo que yo conozco) algún recurso de amparo como consecuencia de la aplicación de una norma fiscal que, como digo, a mi juicio ha sido inconstitucional.

2. REGULACION ACTUAL.

La materia en cuestión se rige actualmente por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

La Ley, como antes ya indicaba, no contiene referencia alguna a la fiducia, a diferencia de la anterior del 67. La regulación fiscal específica viene contemplada en el Art. 54, 8 del Reglamento.

No obstante, y a los efectos de la necesaria crítica de este último precepto, de lo que creo debería ser una correcta imposición fiscal en materia de fiducia, de lo que en el futuro debería normarse al respecto y, en fin, de los posibles "recursos" con que puede contar hoy el contribuyente aragonés, a todos esos efectos me parece imprescindible tener en cuenta ciertos preceptos de la Ley, concretamente, aquellos en los que se asientan los principios esenciales de la imposición fiscal en materia de sucesiones. A todo ello me referiré seguidamente.

A) El precepto reglamentario.

Me consta que las liquidaciones fiscales que la Hacienda regional gira en las sucesiones hereditarias de los aragoneses ordenadas mediante fiducia, se ciñen estrictamente a la norma contenida en el citado Art. 54, 8 del Reglamento, conforme al cual "en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del

(153) Op. cit. pág. 116.

cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente”.

Un análisis detallado de esta norma reglamentaria no resiste la mínima crítica.

En primer lugar, y como más arriba decía de la legislación anterior, el precepto en cuestión parece dar por hecho que el fiduciario ha de ser siempre el cónyuge viudo; y ya se ha visto con anterioridad cómo eso no tiene por qué ser necesariamente así. Pero aún más: habla de la “liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente” como contrapuesta a la que tenga lugar “en cuanto al resto del caudal”, presuponiendo también que ese cónyuge viudo, además de fiduciario, tiene viudedad universal, lo cual tampoco es hoy necesariamente así en no pocos casos.

Seguidamente, la norma impone, sobre ese “resto del caudal”, una liquidación provisional a cargo de “todos los herederos... sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria”. El mayor y más grave problema técnico-jurídico que esta norma plantea es la apelación que se hace a los herederos. Creo haber demostrado suficientemente que en las herencias deferidas por fiducia no existen propiamente herederos hasta el momento en el que ésta se ejercita, en todo o en parte. Como ya explicaba en páginas anteriores, puede suceder que el comitente no haya limitado la distribución fiduciaria entre unas determinadas personas, dejando en plena libertad al fiduciario para que ordene su sucesión entre quienes considere más conveniente. Y si por herederos debe entenderse los que el comitente prevé en defecto de ejercicio de la fiducia, tanto puede suceder que tal previsión no exista, cuanto que la misma haya sido hecha de tal manera que las personas contempladas por ella no sean las mismas que aquéllas sobre las que el fiduciario puede actuar; y en ese caso, ¿a qué herederos se refiere el texto fiscal? En definitiva, el precepto en cuestión pretende cobrar un impuesto de unas personas –“a cargo de todos los herederos”– que pueden ser desconocidas, o que, de no serlo, no tienen por qué pagar sobre

algo que no han recibido (a esto último me referire más adelante con mayor detalle).

Por fin, en su segunda parte, la norma fiscal en estudio determina que "se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar", y que ello se hará "al formalizarse la institución por el comisario". Aparte del inadecuado uso del término "comisario", desaparecido del Derecho aragonés, y más propio hoy de otras legislaciones españolas (la vizcaina y la navarra, concretamente), la norma plantea un primer problema de fondo: habría que saber a que clase de ejecución se refiere, si a la total (en la que el fiduciario agota todo el patrimonio del causante en su elección o distribución), o también a la parcial (cuando sólo asigna algunos bienes concretos a determinados beneficiarios, reservándose la ejecución fiduciaria del resto para un momento posterior).

Pero el precepto en cuestión plantea otra serie de problemas, además de los estrictamente conceptuales:

El primero, y quizás más importante, es el de saber a qué criterios de valoración se atenderá el Fisco en cada una de las liquidaciones a efectuar, la provisional y la definitiva. En la primera deberá tener en cuenta, indudablemente, el valor de los bienes en el momento del fallecimiento del causante, siguiendo el criterio general establecido al respecto por la Ley. La duda surge en la segunda liquidación, porque si la Hacienda trata de aplicar valores del momento en el que la fiducia se ejecute, ello planteará no pocos problemas de orden conceptual y económico: el primero será el que tal actuación entrará en flagrante contradicción con la naturaleza misma de la ordenación sucesoria por fiducia, uno de cuyos principales efectos, según lo dicho, es que la aceptación por el beneficiario debe entenderse retrotraída al momento del fallecimiento del causante; el segundo problema será de índole económica, en el sentido de que la sucesión hereditaria será más cara cuanto más se dilate el uso de la fiducia (lo que, a todas luces, no pudo ser querido por el causante); y el problema se acrecentará cuando se trata de ejecución fiduciaria parcial si la Hacienda pretende girar en cada una de las actuaciones aisladas del fiduciario una liquidación complementaria.

Pero si no la gira –y éste será un nuevo problema añadido a los anteriores–, y espera a efectuar la liquidación definitiva a que se ejecute por completo la fiducia, podrá suceder que en el entretanto alguno de los beneficiarios haya recibido ya bienes por valor superior a su teórica participación igualitaria en la herencia del causante, con

el consiguiente beneficio fiscal y económico para él, y perjuicio para el resto de los "presuntos herederos".

Además, si se acude a valores actuales en cada acto de liquidación, puede producirse una distorsión económica –y conceptual-fiscal– importante, pues las plus valías o minus valías de los bienes, producidas desde el momento del fallecimiento del causante hasta aquél en el que se efectúe la correspondiente liquidación complementaria o definitiva, determinarán una clara ruptura del concepto de igualdad entre los "presuntos herederos" en el momento de la liquidación provisional.

No menos dudas y problemas suscitará el tema de la prescripción administrativa del impuesto. ¿Existirá un solo plazo de prescripción, contado en los términos legales por referencia al fallecimiento del causante, o, por el contrario, cada vez que se ejecute la fiducia deberá comenzarse un nuevo cómputo del plazo legalmente establecido para la prescripción?

Todas estas dudas y problemas hacen pensar que el precepto hoy reglamentario se encuentra forzado, que se mantiene casi como un arrastre histórico, inconveniente e innecesario, y que hubiera sido preferible su supresión, como se ha hecho con otras figuras similares, según enseguida explicaré.

B) Dudosa legalidad del precepto reglamentario.

Además de todo lo dicho en el epígrafe anterior, creo que el Art. 54, 8 del Reglamento de 1991 es contrario, no sólo a los principios en los que se inspira la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, sino también a las propias normas contenidas en ésta. Trataré de explicarlo.

En primer lugar, el Art. 1 de la Ley determina que "el Impuesto sobre Sucesiones... de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas". Y el Art. 2 del Reglamento define el incremento patrimonial como "toda incorporación de bienes y derechos que se produzca en el patrimonio de una persona física cuando tenga su causa en la realización de alguno de los hechos imposables configurados en la Ley y en este Reglamento... ". La regulación del Art. 54, 8 del Reglamento quiebra por completo estos conceptos básicos de la Ley: cuando se practica la liquidación provisional, en caso de fiducia, no existe incremento patrimonial alguno a favor de ninguno de los

“presuntos herederos” del causante, porque nada adquieren en ese momento (incluso, puede ser que nada lleguen a adquirir en el futuro). Cuando el citado precepto reglamentario determina que se girarán liquidaciones provisionales “a cargo de todos los herederos” está cumpliendo con el carácter subjetivo que el Art. 1 de la Ley predica del Impuesto, pero está haciendo recaer la carga fiscal sobre unos sujetos que, por no adquirir nada y no incrementar hereditariamente su patrimonio, no tienen ninguna obligación de pagar impuesto alguno.

Contraviene también el precepto reglamentario en cuestión el Art. 3 de la Ley, cuando establece que “constituye el hecho imponible... la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio”. Si no existe, como no existe en el caso de la fiducia no ejercitada, adquisición alguna de bienes por título sucesorio, lógica y legalmente no puede existir hecho imponible alguno.

Una nueva infracción legal comete el Reglamento a la vista del Art. 5 de la Ley en el que se determina que “estarán obligados al pago del impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: a) en las adquisiciones ‘mortis causa’, los causahabientes”. No existen causahabientes en el caso de fiducia pendiente de ejecución. Lo vengo explicando reiteradamente: aparte de que los beneficiarios de la fiducia pueden no haber sido determinados por el causante (supuesto totalmente posible cuando no existan legitimarios), ni haber previsto éste una ordenación sucesoria supletoria de su patrimonio, también puede suceder que los “presuntos beneficiarios” y los “presuntos herederos” subsidiarios previstos por el causante, no coincidan. ¿A qué causahabientes dirigirse entonces?

Pero el Art. 54, 8 no sólo contraviene la Ley a la que teóricamente está llamado a desarrollar, sino incluso su propia normativa. En efecto, el Art. 7 del Reglamento afirma categóricamente que “el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato”. Lo cual no se cumple en el caso de la fiducia. Hasta la saciedad vengo afirmando que en la ordenación sucesoria a través de ésta no existe delación hereditaria ni, por tanto, derecho a la adquisición bienes, hasta el momento en el que el fiduciario, ejercitando sus facultades, elige heredero o herederos, o asigna los bienes a título singular. Como explicaba en el capítulo II de esta segunda parte de la obra, la fiducia conlleva una suerte de subrogación personal o subjetiva, mediante la cual una persona —el fiduciario— manifiesta una voluntad de otra —el comitente—; por tanto,

cuando el fiduciario actúa es como si lo hiciera el causante; consecuentemente, mientras la fiducia no se actúa no hay ordenación sucesoria, no existen herederos, ni se produce transmisión alguna de bienes. En la sucesión por fiducia se produce una paralización del proceso hereditario del causante, una suspensión de la delación sucesoria; consecuentemente, igual paralización debería producirse en el orden fiscal, con arreglo a los criterios que expongo seguidamente.

C) Criterios de futuro.

Lo que sigue a continuación son unas reflexiones que efectúo a modo de sugerencias dirigidas al contribuyente, a la Administración fiscal de la Comunidad Autónoma y, en última instancia, al legislador.

En primer lugar, y sobre la base de considerar, según lo expuesto en el apartado anterior, que la vigente regulación fiscal de la fiducia aragonesa es manifiestamente contraria a los principios en que se basa la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, creo que toda exacción que se efectúe de conformidad a lo dispuesto en el Art. 54, 8 del Reglamento, es ilegal; y, por tanto, no debida. Ante cualquier reclamación de la Administración Tributaria debería plantearse el oportuno recurso, tendente, en última instancia, a declarar contrario a la Ley el mencionado precepto reglamentario.

Y ello sin olvidar la posible situación de inconstitucionalidad en que pueden encontrarse las liquidaciones fiscales practicadas con anterioridad a la entrada en vigor del vigente Reglamento de 1991 (respecto de muchas de las cuales todavía no habrán transcurrido los cinco años de prescripción de la acción correspondiente).

A la Administración de la Comunidad Autónoma me permitiría recomendarle la no aplicación del Art. 54,8 del Reglamento de 1991, por ser manifiestamente contrario a la Ley, aplicando entonces los criterios generales establecidos en el propio Reglamento del Impuesto, y a los que voy a referirme seguidamente.

No obstante, y como cuestión previa, a este respecto merece la pena resaltar la evolución normativa que, en materia fiscal, ha experimentado una figura similar a la fiducia aragonesa: me refiero al testamento por comisario o poder testatorio de Vizcaya y al usufructo poderoso de la Tierra de Ayala. En el Texto Refundido del Impuesto sobre las Sucesiones, de 6 de abril de 1967, el Art. 35, 8 se refería

expresamente a la institución vizcaina (el párrafo siguiente, el 9, es el que regulaba la fiducia aragonesa); de aquella regulación, lo más resaltable era el hecho de que mientras no se hiciera uso del poder testatorio, se giraba "el impuesto a cargo del comisario, con arreglo al grado de parentesco que le una con el causante y por la cuantía total de la herencia". Una regulación manifiestamente contraria a la esencia y principios en que, de siempre, se ha inspirado la "delegación sucesoria" en el País Vasco, en donde el comisario nada adquiere "mortis causa" del comitente, y sólo es, como en el Derecho aragonés, un sustituto de su voluntad a fin de ordenar su sucesión hereditaria. La norma del 67 señalaba también que si el comisario hacía las instituciones hereditarias dentro del término legal que el Fuero señala (recuérdese que en el Derecho vasco anterior al vigente, el poder testatorio tenía un determinado plazo para su ejercicio), habría derecho a la devolución correspondiente a favor de los herederos. Una devolución que para el Derecho aragonés negaba categóricamente el mismo precepto en su apartado siguiente. Pues bien, llegado el Reglamento vigente de 1991, en él ha desaparecido toda referencia al poder testatorio vasco, manteniéndose, por el contrario, la relativa a la fiducia aragonesa, en los términos analizados.

Pero no solamente las instituciones fiduciarias vascas han desaparecido del texto fiscal vigente. Tampoco vienen en él reguladas (y creo que nunca lo han estado con anterioridad) las similares figuras de "delegación sucesoria" existentes en Navarra, Cataluña y Baleares. Como mínimo, hay que pensar que la cuestión es gravemente discriminatoria y, por tanto, rayana en lo inconstitucional.

Yo creo que el legislador fiscal debería revisar las normas vigentes para tratar de evitar esas diferenciaciones en el tratamiento de unas instituciones civiles muy próximas entre sí. Y lo primero que procedería sería la supresión del punto 8 del Art. 54 del Reglamento de 1991, como ya se hizo, a su promulgación, con igual párrafo, aunque referido a Vizcaya, del Texto Refundido de 1967.

Y creo que ni siquiera sería necesaria una regulación sustitutoria de la actual. En el propio Reglamento vigente se encuentran criterios suficientes con arreglo a los cuales se puede practicar la liquidación fiscal más justa y adecuada en caso de fiducia sucesoria. Y en concreto, un precepto: el Art. 8, a cuyo tenor, "cuando el acto o contrato que sea causa de un incremento patrimonial sujeto al impuesto esté sometido al cumplimiento de una condición, su calificación se realizará con arreglo a las prescripciones de la

legislación civil. Si se calificare como suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que la condición se cumpla”.

Yo creo que sobre este precepto debería cimentarse toda práctica fiscal en relación con las diferentes modalidades de “delegación sucesoria” existentes en los ordenamientos civiles españoles. La existencia de fiducia (o figura similar) determina, mientras no se ejercita, una situación de pendencia en la transmisión “mortis causa” de los bienes, en nada diferente de la que tiene lugar en las transmisiones sucesorias bajo condición suspensiva. La fiducia es en sí misma, a estos efectos, una condición que limita la efectiva transmisión de los bienes. Es más, en el caso de Aragón, todavía la limitación es mayor que en la herencia o legado bajo condición suspensiva, pues en estos, normalmente, el heredero o el legatario son ya conocidos, mientras que en la fiducia aragonesa la suspensión afecta, además, a la propia determinación de los futuros beneficiarios de los bienes.

Así, pues, ante cualquier supuesto de herencia ordenada por fiducia, la Administración Tributaria regional debería proceder ex Art. 8 del Reglamento vigente, y determinar de oficio la suspensión de la liquidación fiscal correspondiente hasta que la condición se cumpla, es decir, hasta que la fiducia se ejecute.

En cuanto a la valoración de los bienes, creo que debería estarse al momento del fallecimiento del comitente, dada la retroactividad de efectos que la fiducia produce cuando se ejecuta. Por tanto, al fallecimiento del causante, la Hacienda regional verificaría una valoración de todos los bienes de la herencia transmisibles por fiducia; y con ella actuaría en el momento de producirse la ejecución, total o parcial, de la misma.

En el supuesto de que la fiducia, y con respecto a un mismo beneficiario, se actuase en momentos diferentes (lo que es bastante usual en el práctica), el Fisco debería proceder de modo similar al previsto en la legislación fiscal vigente para la acumulación de donaciones. Cada ejecución parcial de fiducia referida a un mismo beneficiario, exigiría una revisión de la liquidación practicada con anterioridad, y la realización de una nueva teniendo en cuenta el montante total de los bienes hasta entonces percibidos, con las deducciones o compensaciones que procedan.

En orden a la prescripción del impuesto, indudablemente habría que estar a momentos diferentes. Una primera prescripción, afectante a toda la herencia, entraría en juego desde el fallecimiento del

causante, como si se tratase de un supuesto hereditario normal. Y caso de que toda la herencia no hubiera incurrido en prescripción, en cada actuación fiduciaria debería comenzar a computarse un nuevo plazo de prescripción, referida exclusivamente al hecho del pago debido por razón de la atribución patrimonial verificada en dicho momento.

Lo que, en todo caso, es lamentable es que en esta materia fiscal no se haya avanzado más desde la estructuración del Estado Autonómico en España. Desde hace tiempo vengo defendiendo la idea de que, sin perjuicio de la competencia estatal, en materia tributaria debería abrirse el camino hacia una cierta participación de las Comunidades Autónomas. Ello no tendría por qué afectar en modo alguno a lo que es y constituye la esencia de la competencia fiscal, cual es, el establecimiento de los principios básicos tributarios, la determinación de las materias tributables y la fijación de los tipos, fundamentalmente. A las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debería dejárseles la posibilidad de fijar por ley de sus respectivos Parlamentos Autónomos las características fiscales de sus instituciones peculiares. Con ello se conseguiría una mayor adecuación de éstas en el orden fiscal, y se evitarían situaciones como la que vengo denunciando en este capítulo con respecto a la fiducia aragonesa. Máxime en una materia, como la del Impuesto de Sucesiones y Donaciones que, en lo concerniente al rendimiento del impuesto, se encuentra transferida a las Comunidades Autónomas; materia que, en lo sustantivo, constituye la parte principal de la mayoría de los ordenamientos civiles territoriales.

Se trataría así de sacar del Reglamento del Impuesto la definición y tratamiento fiscales de este tipo de instituciones, y la admisibilidad de su regulación por ley de los respectivos Parlamentos Autónomos. Para lo cual no sería necesaria reforma estatutaria alguna; bastaría con que así lo dispusiera una ley estatal "ad hoc" o, incluso, la propia Ley reguladora del Impuesto. Técnicamente, se trataría, no de una transferencia de competencias, sino de una simple delegación, abocable en cualquier momento al Legislativo estatal.

BIBLIOGRAFIA



ALONSO LAMBAN, Mariano:

- "Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa", Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, Mayo-Agosto 1961.
- "Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa", Temis, núm. 12, Zaragoza, 1962.

ALONSO PEREZ, Mariano:

- "Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Código civil", Edit. Cívitas, Madrid, 1982.

ANTEQUERA, José-María:

- "Historia de la legislación española", 3ª edic. , Imprenta de Antonio Pérez, Madrid, 1890.

ASUA GONZALEZ, Clara I. :

- "Designación de sucesor a través de tercero", Edit. Tecnos, Madrid, 1992.
- "Dos temas de reflexión en torno al 'testamento por comisario' de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco", en Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, volumen segundo, Edit. Bosch, Barcelona, 1993.

BONET NAVARRO, Angel:

- "Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Código civil", Edit. Cívitas, Madrid, 1982.

BONET RAMON, Francisco:

- "Compendio de Derecho civil", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

CASTILLO TAMARIT, Vicente-José:

- "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya", Revista de Derecho Notarial, enero-marzo 1981.

CAZORLA PRIETO, Luis M:

- "Comentarios a la Constitución", obra dirigida por Fernando Garrido Falla, Edit. Civitas, 1ª edic., Madrid, 1980

CELAYA IBARRA, Adrián:

- "El testamento por comisario", Anuario de Derecho Civil", 1972.
- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XXVI, EDERSA, Madrid, 1978.

CERDA GIMENO, José:

- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XXXI, vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1981.

CLARET Y MARTI, Pompeyo:

- "De la fiducia y del 'trust'", Librería Bosch, Barcelona, 1946.

COSTA, Joaquín:

- "Fideicomisos y albeceazgos de confianza y sus relaciones con el Código civil español", Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905.

DIESTE Y JIMENEZ, Manuel:

- "Diccionario del Derecho civil aragonés", Madrid, 1869.

FERNANDEZ PORTILLO, Jesús:

- "Fiscalidad de las instituciones civiles aragonesas", ponencia presentada a las Jornadas de Derecho Aragonés, celebradas en Jaca, en homenaje al Prof. Dr. José Castán Tobeñas, durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1990.

FRANCO Y LOPEZ, Luis:

- "Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reforma y adiciones que

en ellas es conveniente establecer. Escrita según R. D. de 2 de febrero de 1880", Zaragoza, 1886.

- "Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al Gobierno de S. M. en 1880 con arreglo a lo dispuesto en el R. D. de 2 de febrero del propio año", Zaragoza, 1893.

GARCIA GOYENA, Florencio:

- "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", reimpresión de la edición de 1852, por la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, 1974.

GARRIDO DE PALMA, Victor-Manuel:

- "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", en Libro Homenaje a Roca Sastre, vol. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.

GIL BERGES, Joaquín:

- "Proyecto de ley en el cual se contiene 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", Zaragoza, 1904.

LACARRA, Victoriano:

- "Instituciones de Derecho civil navarro", Biblioteca de Derecho Foral, VI, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1965.

LACRUZ BERDEJO, José-Luis:

- "Derecho de Sucesiones", Edit. Bosch, Barcelona, 1971.
- "Derecho de Sucesiones", Librería Bosch, Barcelona, 1981.
- "Derecho de Familia", Edit. Bosch, Barcelona, 1966.
- "Elementos de Derecho civil IV. Derecho de Familia", Edit. Bosch, Barcelona, 1984.

LATORRE Y MARTINEZ DE BAROJA, Emilio:

- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XXXIV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho de:

- "Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro", Imprenta de la Cofradía de Impresores y Libreros del Reyno, 2ª edic. , Madrid, 1852, reimpresión de Banchs Editor, Barcelona, 1974.

MANRESA Y NAVARRO, José-María:

- "Comentarios al Código civil español", T. V, Edit. Reus, Madrid, 1972.

MERINO HERNANDEZ, José-Luis:

- "Aragón y su Derecho", Guara Editorial, 2ª edic. , Zaragoza, 1980.
- "Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón", Guara Editorial, Zaragoza, 1983.
- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XXXIII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1986.
- "Comentarios... ", Tomo XXXIV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987.
- "Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés", en Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José-Luis Lacruz Berdejo, volumen segundo, Edit. Bosch, Barcelona, 1993.

OTTO ESCUDERO, Nicolás S. de:

- "Elementos de Derecho civil aragonés", Barbastro, 1924.
- "Derecho foral", Edit. Bosch, Barcelona, 1945.

PUEYO MOY, José Luis:

- "Hacia una regulación de la fiudacia sucesoria en sus aspectos fiscales", comunicación presentada a las Jornadas de Derecho Aragonés, celebradas en jaca, en homenaje al Prof. Dr. José Castán Tobeñas, durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1990.

PUIG BRUTAU, José:

- "Fundamentos de Derecho civil", T. IV, vol. 1º, Edit. Bosch, Barcelona, 1967.

PUIG FERRIOL, Luis:

- "El heredero fiduciario", Universidad de Barcelona, Cátedra "Durán i Bas", Barcelona, 1965.
- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XXVIII, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1982.

RIPOLLES Y BARANDA, Mariano:

- "Apéndice primero al Código civil general. Proyecto de Código civil de Aragón", Zaragoza, 1899.

SANCHEZ ROMAN, Felipe:

- "Estudios de Derecho civil", Tomo VI, vol. I, Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:

- "Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón", Anuario de Derecho Aragonés, Tomo XIII, Zaragoza, 1965-67.
- "Derecho de Familia", Edit. Bosch, Barcelona, 1966.
- "Derecho de Sucesiones", Librería Bosch, Barcelona, 1981.
- "Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia", Edit. Bosch, Barcelona, 1984.

URIARTE Y LEBARIO, Juan-María:

- "El Fuero de Ayala", Diputación Foral de Alava, Vitoria, 1974.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan:

- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XI, EDERSA, Madrid, 1982.

VERGER GARAU, Juan:

- "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", Tomo XXXI, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1980.

VIVES Y CEBRIA, Pedro Nolasco:

- "Traducción al castellano de los usages 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.

YANGUAS Y MIRANDA, José:

- "Diccionario de los Fueros y Leyes de Navarra", Biblioteca de Derecho Foral, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1956.

ZANON MASDEU, Luis:

- "El divorcio en España", Ediciones Acervo, Barcelona, 1981.



Este libro se terminó de imprimir
el día 22 de abril de 1994,
víspera de la festividad
del Señor San Jorge,
patrón de Aragón