

# **XIII.-1. A) SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS. PERSPECTIVA COMPARADA**

**Carlos Jiménez Gallego**

## **Resumen**

El objeto del presente trabajo es realizar una comparación de la regulación de la sustitución fideicomisaria en los Derechos civiles españoles, excepto el de las Islas Baleares, y en algunos otros Ordenamientos de nuestro entorno. Se pretenden señalar las funciones que cumple o puede cumplir. Se comienza con una referencia al origen de la institución en el Derecho romano y se tiene en cuenta la evolución normativa habida en las últimas décadas, que pone de manifiesto que en relación a esta figura jurídica -no en relación a otras figuras próximas como la fiducia sucesoria o la herencia de confianza- no hay diferencias importantes en los Derechos españoles, y que fue admitida con muchas más limitaciones en la codificación de los Derechos extranjeros, llegando incluso a ser prohibida, si bien se aprecia una consideración más favorable en las reformas legales habidas en tiempos recientes. El comentario concluye con una reflexión sobre la posible adecuación de esta institución a finalidades distintas de la conservación de un patrimonio para futuras generaciones.

## **Indice**

I.- Introducción.

II.- La regulación del Código Civil.

III.- Panorama de la regulación en los demás Derechos civiles españoles.

IV.- Panorama de Derecho extranjero, especialmente Francia, Italia y Alemania, con referencias a otros Ordenamientos de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

V.- Comentario final.

## I.-INTRODUCCIÓN.

La pregunta que a nuestro juicio debe plantearse al principio de un estudio actual de la sustitución fideicomisaria es la siguiente: ¿por qué un testador va a querer ordenar en su testamento una tal sustitución? O: ¿por qué un jurista va a recomendar a un testador que la ordene en su testamento? Dicho con otras palabras: ¿cuál es la función que cumple hoy, si es que cumple alguna?

El objeto de este trabajo es ayudar a dar una respuesta, suministrando información de la normativa existe en diversos Ordenamientos.

Para responder a esta pregunta no procede realizar un estudio pormenorizado de cada Derecho, que, por cierto, cuando admite esta figura jurídica llega a plantear una gran cantidad de interrogantes. Como en todo trabajo comparativo, debemos limitarnos a los puntos fundamentales de la configuración institucional de esta figura en cada Ordenamiento. Pero sobre todo, nos preguntamos qué función cumple y qué función puede cumplir. Todo ellos al objeto de dar una perspectiva de pasado y de presente que suministre elementos de juicio para decidir sobre su utilidad, mantenimiento y/o modificación.

Un adecuado suministro de elementos de juicio para decidir exigiría tomar en consideración otras figuras relacionadas con la ejecución y ordenación de las últimas voluntades en las que hay un margen para la confianza seguramente mayor que en las sustituciones fideicomisarias tal como están hoy reguladas (fiduciarios, albaceas, administradores, ejecutores, trust anglosajón, fundaciones de interés particular como las admitidas en algunos países centroeuropeos, etc.). Sin embargo, ello excede de este trabajo. De todas formas, resulta inevitable hacer alguna mención. Tampoco ocultamos que depositar la confianza en otras personas para que éstas actúen cuando el causante ya no puede reaccionar porque ya no vive no es, hoy por hoy, algo usual.

Esta figura jurídica surgió en el Derecho romano antiguo para cumplir una función. (1) Se trataba de encomendar, a alguien que ostentaba la cualidad de heredero o legatario, algo a cuyo cumplimiento no podía ser constreñido por el Derecho, por lo que adoptaban la forma de ruego, no de orden; de ahí el término *fideicommissum*. La ejecución quedaba a la buena fe del sucesor, ya fuera a título universal o particular.

Esto pudo usarse para esquivar determinados requisitos impuestos por el sistema formalista y de figuras legales cerradas que era el viejo *Ius*

Civile. No queremos decir que la figura naciera o se mantuviera sólo por esta razón. Con este ruego se utilizaba la persona del sucesor como “vía” para que determinados bienes fueran adquiridos por un tercero que no podía legalmente suceder o bien no convenía o el causante no quería que adquiriese hasta un momento determinado, o bien no se podía o no se quería usar el “corsé” de los legados. La persona del fiduciario se interponía así entre el causante y el beneficiario último y, dotada del título de heredero, quedaba investida de un poder (real, no formal) que dejaba en sus manos el cumplimiento de la voluntad del testador. Estos ruegos no requerían una forma especial, aunque a veces se reforzaban con juramentos o con cláusulas penales, y se podían hacer al final de un testamento o bien en un documento independiente, al que se da el nombre, ya que era siempre escrito, de codicilo.

Llegó un momento, en la época de Augusto, en que, al menos en la conciencia de los juristas, se consideró insuficiente la mera obligación moral que pesaba sobre el encargado de la ejecución y se admitió que el beneficiado (fideicommissarius), en los casos en que la falta a la confianza del ordenante fuera especialmente reprobable, pudiera usar el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* –por tanto, no una *actio ex jure civile*– para obligar al fiduciario al cumplimiento del encargo

Desde la época clásica el fideicomiso que predominó (2) fue el referido a toda la herencia o cuotas de la misma, como ruego al heredero para transmitirlo a determinadas personas: unas veces a personas a quienes no se podía legalmente transmitir *mortis causa* (por ejemplo a mujeres en determinados casos, a *furiosi*, o a *latinos*), otras veces a no nacidos o aún no concebidos y también se usó para que otra persona adquiriera lo que quedare de la herencia de forma que el fiduciario pudiera disponer según el *arbitrium boni viri* (Justiniano fijó que el fideicomisario debía recibir en estos casos al menos una cuarta). Nos llama la atención el supuesto de uso de esta figura para beneficiar a *furiosi*. En cambio, el fideicomiso de familia, para conservar bienes durante cierto tiempo en una familia, atribuyéndolos a una persona de cada generación para que los transmita a la siguiente, sólo empezó a usarse de manera significativa en la época medieval.

En todo caso, en la época clásica sólo se admitió el límite de dos generaciones (los agnados que vivían a la muerte del testador y los hijos de aquéllos), que parece que Justiniano derogó (D. 31, 32, 6) si bien la *Novella 159* permitió que el fideicomiso valiese hasta el límite de la cuarta generación.

En la época del *Ius Commune*, que recogió todos los antecedentes romanos, encontramos las múltiples variantes de esta figura, como

los fideicomisos puros o de restitución, fideicomisos de sustitución (o sustitución fideicomisaria), fideicomisos de residuo, ya fuera con o sin parte de capital garantizado para el último beneficiario, e instituciones preventivas de residuo. Todo ello se admitía si el fin no era ilícito. No obstante, cuando dejaron de tener sentido las prohibiciones romanas y se reconoció análoga eficacia a legados y fideicomisos, el fideicomiso que prevaleció fue el de sustitución, o sustitución fideicomisaria, aunque ello no quiere decir que desapareciera del todo la figura del fideicomiso de entrega, con o sin plazo.

Al lado de estas figuras, aparecieron otros cargos fiduciarios. Nos referimos a lo que hoy llamamos en sentido amplio, fiducia sucesoria, provenientes de las tradiciones germánicas. Nacida en Derechos rudimentarios en los que no se conocía el testamento, evolucionaron hasta pasar a cumplir la función de ejecutar el testamento, o bien completarlo designando beneficiarios con mayor o menor amplitud, o incluso modificando el testamento o instituyendo herederos. Y por las costumbres locales y la vulgarización del Derecho, se admitió también la herencia de confianza, en la que no había designación en el testamento de beneficiarios “últimos”, sino sólo una mención de que el heredero debía actuar según instrucciones reservadas del testador. Finalmente hay que citar los albaceas particulares y universales, cargos especialmente fomentados por el Derecho canónico.

De todo este panorama podemos deducir las distintas finalidades a que se pretendía dar respuesta jurídica por los fideicomisos: eludir requisitos impuestos por el Derecho, conservar un patrimonio a favor de beneficiarios que todavía no podían adquirir (nascituri, concepturi, o a veces beneficiarios que no se quería que fueran conocidos en un primer momento, o tal vez nunca), vincular un patrimonio en beneficio de generaciones futuras, señalar el destino futuro de un patrimonio en defecto de voluntad del primer llamado, o finalmente completar la voluntad del testador o bien ejecutar ésta, en ambos casos con mayor o menor amplitud.

No creemos que una finalidad de estas figuras fuera la gestión (no la mera preservación) del caudal relicto en interés de otro/s vivo/s al fallecer el testador, salvo en el caso de uso y disfrute concedidos al cónyuge, o algún otro pariente, con facultades de ordenación sucesoria en favor de descendientes.

¿A qué finalidades dan hoy respuesta las regulaciones actuales de fideicomisos y de la sustitución fideicomisaria?

## II.- LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil admitió, a diferencia de lo que ocurrió tras las revoluciones del siglo XIX en otros países europeos, la sustitución fideicomisaria. La regulación se contiene en los artículos 781 a 786 y en el 789.

### *Configuración institucional.*

Se trata principalmente, si no vamos equivocados, de conservar un patrimonio y transmitirlo a otro. El art. 781 comienza diciendo: “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas...”. Las facultades dispositivas del fiduciario, como veremos, apenas preocuparon a los autores del Código. Las dejaron a la voluntad del testador.

Se admiten con el límite del “segundo grado” (arts. 781 y 785 CC). Por “grado” se puede entender “generación o grado de parentesco” o “llamamiento”. Ha prevalecido esta última interpretación, tanto en doctrina como en jurisprudencia. También ha prevalecido la tesis de que el número de llamamientos se cuenta excluyendo el del primer instituido. Como ha dicho Rivas Martínez, pueden ser llamados fideicomisarios “hasta dos todavía no vivientes entonces, si bien es claro que cada una debe vivir ya (o estar concebidas) al abrirse la sucesión para ella”. (3) “La nulidad de la sustitución no afecta a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria” (art. 786 CC). La norma de este oscuro art. 786 se ha interpretado en el sentido de que anula lo que exceda de los llamamientos permitidos, con base en el proyecto de 1851, que ha llevado a decir a la norma probablemente más que lo que se desprende de su pura literalidad.

En todo caso, lo que ahora importa es que la limitación temporal es una aplicación, aunque matizada, de la prohibición de vincular bienes.

No concedió posibilidad alguna al fiduciario en cuanto a la elección de fideicomisarios o distribución entre éstos del caudal. No se dice esto en ningún artículo de la regulación de las sustituciones pero no cabe ninguna duda porque el contexto normativo es el art. 670 CC (“El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”), que es uno de los pilares de la ordenación sucesoria del Código, aunque ha sido algo conmovido por la reforma del art 831 CC por la Ley 18/20013, como en seguida diremos. A salvo lo que dispone actualmente este artículo,

apenas hay espacio para una fiducia sucesoria como las que sí se admiten por algunos Derechos civiles autonómicos.

La herencia o legado de confianza están prohibidos (art.785.4). Sin embargo, la jurisprudencia no ha aplicado esta norma con rigor, manteniendo la validez de actos que pueden calificarse de obras de caridad, o que han sido configurados como un ruego. En todo caso, se trata de sentencias de principios del siglo XX y de los años 50. (4)

Respecto de lo que es propiamente un fideicomiso puro, el CC no lo contempla. Creemos que esta figura es posible, pues nada hay que lo prohíba. Se le aplicarán las normas de las sustituciones fideicomisarias, salvo en lo que resulten incompatibles.

No hay regulación expresa de la cláusula sine liberis, en virtud de la cual el testador instituye a una persona y, para el caso de que ésta muera sin hijos, instituye sucesivamente a otra. Sin embargo, no hay por qué negar su admisibilidad, al amparo de la autonomía de la voluntad. Pueden verse como una sustitución fideicomisaria condicional, como mantuvo Roca Sastre. Sin embargo, el fiduciario no tiene limitada sus facultades dispositivas por ningún título. Los hijos puestos en condición no serán sustitutos fideicomisarios, pues la sustitución ha de ordenarse de forma expresa (arts. 783 y 785.1 CC).

No hay regulación de fideicomisos de residuo ni de sustituciones preventivas de residuo. Se consideran admisibles al amparo de la autonomía de la voluntad, siempre que se respete el límite institucional del segundo grado, y surge el problema de qué normativa aplicar para suplir la voluntad del causante, o haya quedado regulado de forma poco clara por éste, especialmente en lo que se refiere a facultades dispositivas o aplicación de la subrogación real.

El TS ha sido reacio a configurar la sustitución de residuo como sustitución fideicomisaria porque la regla en éstas es que el primer llamado no puede disponer, lo que dificulta acudir a la analogía legis.

El testador puede poner límites a las facultades dispositivas del fiduciario. Si no las concreta, surge la duda de si el fiduciario puede disponer a título gratuito entre vivos. Una STS de 12 febrero 2002 lo ha negado: es incongruente con la voluntad del testador de que los bienes pasen a un segundo llamado; la seriedad del llamamiento exige que el fideicomisario sea preferido a un eventual donatario.

La disposición a título mortis causa exige autorización expresa del testador (STS 2 septiembre 1987). Si se permite disponer a título mortis causa, se hace tránsito a la figura de la sustitución preventiva de residuo. Esta última no es una sustitución fideicomisaria, ni siquiera de residuo, pues se trata simplemente de evitar la sucesión intestada con respecto a bienes provenientes del primer causante. Se ha entendido (STS 6 de febrero de 2002) que no es necesario que el fiduciario, al disponer por testamento, declare que está disponiendo de los bienes provenientes del primer causante.

Si el testador no dispone lo contrario, el fideicomisario no tiene derecho a percibir una parte del caudal relicto, al igual que en el vigente Derecho catalán (no en el anterior al actual Código) y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho mallorquín-menorquín.

#### *Posición jurídica del fiduciario.*

La regulación es mínima. Se limita a la obligación de que el fiduciario “conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia” (art. 781) y a que “el fiduciario está obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que le correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa” (art. 783 CC).

Dado que no hay más normas, la regulación queda en manos del testador. En defecto de regulación testamentaria, hay que entender:

El fiduciario tiene derecho al uso y disfrute de los bienes de la herencia. Se plantean problemas en los casos de bienes fungibles o consumibles o el caso productos bancarios, inversiones financieras, títulos valores, etc., casos no resueltos especialmente por la Ley.

No hay obligación legal de realizar inventario ni de prestar fianza.

No tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica. Ello se deduce y es congruente con la regla de que no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento (art. 658 CC).

Tiene obligación de entregar los bienes al fideicomisario tan pronto llegue el término previsto o se cumpla la condición. No hace falta requerimiento previo del fideicomisario.

Resulta especialmente problemático:

-La actuación en relación a gastos extraordinarios de los bienes. La tesis más segura es entender que serán del fiduciario ex art. 501 CC (5), ya que el fiduciario es propietario, no un usufructuario (siquiera lo fuera con facultad de disponer).

-El pago de deudas y gastos de la herencia. Sobre esto polemizaron Roca Sastre, de una parte, y Vallet y Puig Brutau, de otra. Entendemos, con éstos últimos, que el fiduciario responde como todo heredero, es decir, ilimitadamente, salvo que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Nada le impide aceptar a beneficio de inventario. Si no lo hace así, los acreedores del causante podrán dirigirse contra el patrimonio del heredero, pero éste siempre podrá detraer el importe de lo pagado del patrimonio a entregar al fideicomisario, como “gasto legítimo” (art. 783 CC). En el mismo sentido, Díez-Picazo y Gullón. (6)

Entendemos que todo fiduciario puede detraer su legítima, aunque no se diga expresamente, y cobrar las cantidades que le debía su causante.

-La posibilidad de realizar actos dispositivos.

Esta materia es crucial para la utilidad y el futuro de esta institución. Esto no obstante, apenas tiene regulación en el Código, lo que unido al principio –configurador– de conservación del patrimonio, hace que la regulación de la sustitución fideicomisaria sea hoy prácticamente letra muerta.

Como regla general, el fiduciario no puede disponer, salvo que el causante lo haya autorizado o bien se cuente con consentimiento de todos los fideicomisarios, si es que éstos pueden ser determinados. Si no es posible la determinación, no cabría, en principio, realizar actos dispositivos.

Esta regla se ha intentado matizar por vía doctrinal con esfuerzos sobresalientes, aunque no se ha conseguido hasta la fecha ninguna modificación legal. Se ha dicho que la obligación de conservar es dinámica, no estática, y se incumpliría si por no disponer se permitiera una pérdida o deterioro (7). Además, se ha dicho que el fiduciario tiene que poder disponer de bienes fideicomitados para cumplir una norma legal: pago de legítimas, legados y deudas. También para pagar gastos extraordinarios de conservación, y para vender bienes muebles que por su naturaleza no pueden conservarse sin deterioro; en estos dos casos, el producto de la enajenación quedaría sujeto al fideicomiso.

La doctrina ha discutido también si cabe por razón de utilidad o necesidad si el testador no lo prohibió y los fideicomisarios no pueden determinarse. Esto es algo a lo que las Compilaciones respondieron en sentido permisivo, seguramente teniendo en cuenta las dificultades que creaba la parca regulación del CC. González Palomino defendió la postura afirmativa en sus artículos “Enajenación de bienes usufructuados” y “Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario”, por analogía con lo dispuesto en el art. 804 CC para el administrador de la herencia bajo condición y con otros interesantes argumentos; se exigiría en todo caso autorización judicial. Díez-Picazo y Gullón sostienen que el fiduciario está legitimado para disponer, en caso de necesidad o utilidad, con autorización judicial, por analogía juris deducidas de otros supuestos del CC que permiten a quien administra un patrimonio para otro poder disponer en esas condiciones (ausente, herencia bajo condición, patria potestad) (8). Rivas Martínez ha llegado a sostener (9) que el fiduciario puede disponer para atender sus propios gastos de enfermedad, vejez u otros similares, pues son consumos que caben en lo que el art. 783 denomina “gastos legítimos”.

¿Qué pensar de todo esto? Nos parece que el *jus disponendi* del fiduciario no puede exagerarse. Este tiene que poder disponer para el cumplimiento de obligaciones legales, para gastos de conservación, incluso extraordinarios, y para vender bienes muebles perecederos. Lo que exceda de ahí, nos parece ir contra el principio configurador de la institución. Otra cosa es que la regulación se cambiara o debiera cambiarse. No obstante, admitiríamos la posibilidad de disponer por analogía juris en supuestos, apreciados con excepcionalidad, de necesidad o utilidad, pero entendidas éstas en sentido objetivo, no subjetivo, o sea, teniendo en cuenta la naturaleza del patrimonio fideicomitado, no el interés personal del fiduciario o del fideicomisario; y la exigencia de autorización judicial resulta inevitable. No se olvide que en el Código no hay norma parecida a la que hay en otros Derechos autonómicos. En todo caso, aunque se permitiera disponer con autorización judicial (¿podría darse de futuro?) el sistema no resultaría ágil para patrimonios en que una parte importante son valores mobiliarios, productos financieros, inmuebles que formen parte del circulante de la empresa, etc. La gestión ágil y adecuada a la composición del patrimonio no nos parece posible con la actual normativa ni tampoco con una futura normativa que siguiera basada en la prohibición de disponer.

### *Posición jurídica del fideicomisario.*

El Código sólo dispone que el fideicomisario tiene derecho a adquirir el todo o parte de la herencia (art. 781) y que adquiere “derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos”. (art. 784) Esta última norma ha suscitado dudas sobre su ámbito de aplicación. Prevalece la tesis de que se refiere al término y a la condición resolutoria, pero no a la condición suspensiva. Para este caso, se entiende aplicable la regla contraria que contiene el art. 759 CC.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que los fideicomisarios heredan al causante, no al fiduciario (STS 3 de marzo 1964, 22 noviembre 1996, 29 diciembre 1997).

No se regula ningún derecho de retención en garantía del fiduciario.

No está clara la posición del fideicomisario respecto de las deudas de la herencia. Parece que, en principio, respondería como todo heredero, según aceptara o no a beneficio de inventario. Puede excepcionarse el caso de que el fideicomisario adquiriera una masa ya liquidada; en este supuesto, sólo debiera responder con los bienes recibidos.

#### En definitiva:

El CC recoge, aunque de forma fragmentaria, la regulación del Derecho histórico de las sustituciones fideicomisarias, pero prescindiendo de otras formas de fiducia e impidiendo que se utilicen aquéllas para conseguir los fines que se podrían conseguir con éstas. La “despreocupación” del Código en relación a la administración del patrimonio fideicomitado y a las facultades dispositivas del fiduciario hace pensar que la finalidad principal de la normativa es la conservación de patrimonios para futuras generaciones: vinculación de bienes, aunque limitada en el tiempo. De rebote, sirve también para aquellos casos en que, por razones sólo apreciables en cada caso concreto, el testador quiera privar, de forma radical, al fiduciario de las facultades dispositivas, ya sea como “sanción” o bien en beneficio del propio fiduciario.

El reconocimiento de unas (más o menos) limitadas facultades de disposición al fiduciario, controladas judicialmente, para los casos de necesidad o utilidad, no hace que la institución sirva para la gestión dinámica de patrimonios.

Una novedad ha aportado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que permite que la sustitución fideicomisaria grave la legítima, incluso la estricta, en los casos en que exista un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (nueva redacción del art. 808 CC), designando fiduciario al incapacitado y fideicomisarios a los otros legitimarios. Con ello, se amplía la posibilidad de uso de esta figura jurídica; pero ha de tratarse de personas judicialmente incapacitadas, no con facultades disminuidas “de facto”. En todo caso, la reforma no se aprovechó para dar alguna norma sobre administración dinámica y facultades dispositivas del fiduciario, lo cual era a nuestro juicio necesario. Ambas críticas hacen que la figura siga siendo difícil de recomendar en la práctica.

Y la Ley 41/2003 también ha modificado de forma importante el art. 831, de forma que ahora el testador puede atribuir al cónyuge la facultad de mejorar a descendientes comunes, incluso con cargo al tercio libre, y adjudicar bienes concretos, quedando a salvo siempre las legítimas estrictas. Esto da solución a casos como el siguiente: testador que prevé un próximo fallecimiento cuando sus hijos son todavía menores y no puede saber cómo evolucionarán, o bien tiene hijos con un futuro matrimonial, o de pareja, incierto, que haga conveniente esperar a ver cómo evoluciona su situación personal o patrimonial. Como contrapartida, exige depositar toda la confianza en el cónyuge, si bien el art. 831 dispone que las facultades conferidas al cónyuge “cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga, o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.”

Esta norma abre posibilidades que antes no había, pero nos consta que, hasta ahora, se ha usado muy poco.

De todas formas, por escasa que sea la regulación, ésta existe. Y deja poco sitio para la “fiducia”. En realidad, no hay “fideicommissum” en el sentido etimológico de la palabra. La ejecución de la voluntad del testador que tiene que realizar el fiduciario no queda a la buena fe de éste. Está reglamentada. Se ha regulado la posición jurídica del fiduciario, en lugar de dejar manos libres a éste y regular sólo algún remedio para el caso de abuso de la confianza. Hay “lagunas” legales, pero se pueden resolver por la vía de la interpretación jurídica, principalmente acudiendo a principios generales. Donde sí hay “confianza” es en otras figuras jurídicas que el Código rechazó, como la herencia de confianza o la fiducia sucesoria, hoy admitida en pequeña medida por el art. 831.

### III. PANORAMA DE LA REGULACIÓN EN LOS DEMÁS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES.

#### Derecho catalán

En el Derecho histórico catalán las instituciones de confianza reconocidas legalmente fueron sólo las admitidas por el *Ius Commune* (romano-canónico): fideicomisos y sustituciones fideicomisarias y, en cuanto pueda calificarse de institución fiduciaria, el albaceazgo universal, que pudo haber dado lugar (quizá junto con el fideicomiso, la vulgarización del Derecho, la costumbre y algún modelo de executor de Derechos godos) a la figura del heredero o legatario de confianza.

En la Compilación de 1960 los fideicomisos fueron objeto de amplia regulación, así como el albaceazgo. Se admitió tanto el fideicomiso puro como la sustitución fideicomisaria; su regulación estaba entremezclada. También se admitió la herencia de confianza y, según la costumbre de algunas comarcas, una limitada fiducia sucesoria.

El fideicomiso puro consistía en el encargo de transmitir la totalidad o una cuota de herencia o de un legado, sin que el fiduciario pudiera hacer suyos los frutos salvo autorización del testador (art. 163). Se le podía atribuir la facultad de elegir fideicomisario “entre personas que designe (el causante) por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado”, así como distribuir la herencia entre los fideicomisarios (art. 178, que daba una regulación meramente supletoria de lo ordenado por el causante). Tenía un plazo para efectuar la entrega (art. 205) de un año desde que fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario.

En el fideicomiso de sustitución, también era posible la elección de fideicomisarios; en tal caso, el fiduciario sí tenía derechos sobre los bienes hereditarios.

La Ley de 30 de diciembre de 1991, del Código de sucesiones, derogó la institución del fideicomiso puro, sin –por desgracia– ni siquiera justificarlo en la exposición de motivos y mantuvo sin apenas cambios la regulación de las sustituciones fideicomisarias y el albaceazgo. Amplió algo el ámbito de la fiducia sucesoria, principalmente eliminando las limitaciones por razón del territorio.

Entendemos que el fideicomiso puro no está prohibido, aunque pudiera parecer lo contrario, sino que simplemente se derogó su regulación. Ahora cabe al amparo de la autonomía de la voluntad. Esta postura no fue

compartida por todos. Nuestro compañero Valls Xufre prefirió asimilar al fiduciario al heredero de confianza, aunque reseñó la tesis contraria de Roca-Sastre Muncunill. (10)

La normativa de 1991 fue recogida por el libro IV del vigente Código Civil de Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio) y, en el caso de las sustituciones fideicomisarias, es extensa (arts. 426-1 al 426-59).

### *Configuración institucional*

El principio de la regulación parece ser la conservación de los bienes en beneficio de otro. El art. 426-1 dice “En el fideicomiso, el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al beneficiario.” No, obstante, la Ley concede al fiduciario unas ciertas facultades dispositivas, como ahora diremos.

Las sustituciones fideicomisarias tienen una limitación temporal, que se regula en el art. 426-10 de manera no del todo clara, por desgracia, ya que ésta es una cuestión de la máxima importancia. Si los fideicomisarios son personas vivas al fallecer el testador, no hay limitación en el número de sustituciones. Si se trata de personas que aún no han nacido al fallecer el testador, sólo cabe un solo llamamiento. Por excepción, en los llamados fideicomisos familiares, puede llamarse sucesivamente a personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación en el número de llamamientos; primera generación es la de los hijos o sobrinos del fideicomitente. Como se ve, no es lo mismo que el CC, según la interpretación que ha prevalecido de éste. La vigente regulación catalana permite una menor vinculación temporal de los bienes que el CC y que la regulación catalana anterior.

La Ley catalana crea una complicación, que se podía haber evitado fácilmente, al definir lo que deba entenderse por fideicomisos familiares, pues son aquellos en que “los fideicomisarios son los descendientes, hermanos (sic) o sobrinos del fideicomitente”.

La sustitución fideicomisaria puede imponerse de forma tácita o expresa (art. 426-13), pero “tácita” es cuando la voluntad de ordenarlo se infiere claramente del contenido de la disposición.

Estas cuestiones podrían ser objeto de un interesante comentario, que por el objeto de este trabajo no podemos realizar aquí.

La elección de fideicomisarios por el fiduciario es posible (art. 426-11) entre personas que el causante “designa por sus nombres o circunstancias, o que forman un grupo determinado”. Igualmente el fiduciario puede recibir la facultad de distribuir la herencia entre los fideicomisarios.

El Derecho catalán admite la fiducia sucesoria en los términos de los artículos 424-1 a 424-10, de manera que el cónyuge puede instituir heredero/s a descendientes comunes y también puede instituirlos en las partes iguales o desiguales que dicho cónyuge estime conveniente; y determinados parientes pueden designar heredero/s a determinados descendientes del testador.

También la herencia y el legado de confianza ordenados de forma expresa (artículos 424-11 a 424-15).

El fideicomiso puro tampoco tiene regulación en el vigente Código, pero entendemos que sigue siendo posible, al amparo de la autonomía de la voluntad. Nos parece que Garrido Melero es de esta misma opinión. (12)

La cláusula “sine liberis” se regula, curiosamente, en la sección relativa a interpretación de los fideicomisos (art. 426-17). La norma se limita a decir que los hijos “no se consideran fideicomisarios si no son llamados expresamente como tales o como sustitutos vulgares en fideicomiso, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra”.

El fideicomiso de residuo tiene una sección propia en el capítulo de los fideicomisos en el vigente Código Civil de Cataluña (arts. 426-51 a 426-58).

En la definición del 426-51 cabe ahora, según ordene el testador, tanto lo que doctrinalmente se ha llamado de eo quod supererit y si aliquid supererit, pero plantea un problema de difícil delimitación con la sustitución fideicomisaria “ordinaria” a que se refiere el art. 426-37, en la que el fiduciario haya quedado autorizado por el testador para “enajenar y gravar todos o algunos de los bienes fideicomitados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos”. Podía haberse regulado todo de manera más realista, dejando de lado conceptos elaborados doctrinalmente.

Con todo acierto, el art. 426-53 dispone que la facultad de disponer a título gratuito tiene que realizarse de forma expresa y que se entiende que se atribuye para hacerlo sólo por actos entre vivos. De esta forma, si el fiduciario tiene facultad de disposición mortis causa, se hace tránsito a otra figura (la sustitución preventiva de residuo).

Resulta mucho más discutible la subrogación real que impone el artículo 426-56 con carácter general. Afortunadamente, esta regla cede ante una voluntad contraria del causante.

No se contempla ya, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho anterior (hasta el Código de sucesiones de 1991, inclusive) y de lo que ocurre en el Derecho mallorquín-menorquín (aunque en éste se regula con falta de rigor en cuanto a su ámbito de aplicación) y aunque ello se recogía por el Derecho histórico que trae causa de la Compilación de Justiniano, la facultad del fideicomisario de percibir una cuarta parte del caudal sujeto al fideicomiso en los casos “de eo quod supererit” (la cuarta inversa).

La sustitución preventiva de residuo tiene una regulación propia en el art. 426-59, que se limita a su definición legal y a algunas precisiones técnicas, como que los sustitutos preventivos son sucesores del testador.

### *Posición jurídica del fiduciario*

El Código contiene una extensa regulación.

Se impone la obligación de realizar inventario (art. 426-20) y prestar garantía (art. 426-21).

Tiene derecho a detraer la Cuarta trebeliánica, salvo que el testador lo haya prohibido. Esto es congruente con la esencialidad de la institución de heredero para la validez del testamento y está en la misma línea que otras disposiciones (por ejemplo, la Falcidia) tendentes a estimular que el heredero acepte la herencia.

En materia de gastos extraordinarios se dispone que los debe satisfacer el fiduciario pero a cargo del fideicomiso (art. 426-8.3).

En relación a las deudas del causante y de la herencia, si el fiduciario ha realizado inventario en tiempo y forma, responde como un heredero a beneficio de inventario (art. 426-25). En otro caso, quedará responsable con su propio patrimonio, “aunque siempre podrá intentar (sólo intentar) resarcirse en el momento de la entrega del fideicomiso”, en palabras de nuestro compañero Garrido Melero (11). Quizá sí pueda, aunque ahora no podemos profundizar en esta cuestión, al amparo del art. 426-47.1.c (“reembolso de las cantidades que el fiduciario haya satisfecho a su cargo por razón de deudas y cargas hereditarias...”).

Las facultades dispositivas se regulan en una sección propia. Su contenido es bastante interesante. Cabe enajenar los bienes fideicomitidos en los casos en que lo permita la Ley, que son los supuestos que expresamente se enumeran en el art. 426-38, o lo autorice el fideicomitente o los fideicomisarios. Como regla, rige la subrogación real. Además, en los casos del art. 426-39 el fiduciario puede enajenar bienes bajo su propia responsabilidad: muebles que no puedan conservarse, cumplimiento de obligaciones del fideicomitente, parcelaciones, reparcelaciones, concentración parcelaria y convenios expropiación forzosa. También puede enajenar en todos los fideicomisos condicionales, pero la eficacia de tales actos se supedita a la efectividad del fideicomiso, aunque al disponer se haya silenciado el gravamen. Y también puede enajenar bienes con autorización judicial para reemplazarlos por otros, que quedarán subrogados, a fin de obtener más rendimiento o utilidad, términos éstos que deberán ser interpretados por el Juez a la vista del caso concreto, lo que puede llevar a un cierto arbitrio (¿hay más “rendimiento” si se vende una casa por un precio altísimo?).

El abuso por el fideicomisario puede ser castigado en los términos del art. 426-50. Una vez adquirido el fideicomiso, el fideicomisario puede impugnar por ineficaces todos los actos de enajenación y gravamen que el fiduciario haya hecho en fraude o perjuicio de la herencia o el legado fideicomitado. Este artículo sorprende un poco por cuanto existe en un contexto de regulación detallista de la posición jurídica del fiduciario y del fideicomisario y de las facultades dispositivas del primero.

En todo caso, el esquema de la regulación es: una regla general prohibitiva de disponer, y al lado, una serie de autorizaciones. No al contrario. Y algo más importante: la normativa no está pensando en la gestión dinámica de un patrimonio, que exija enajenar, realizar y deshacer inversiones financieras, etc. Al revés, se impone un control judicial, lento y farragoso. Si el testador pretende una gestión dinámica, la sustitución fideicomisaria, tal como está regulada, no es una figura jurídica adecuada. Es cierto que el testador puede conceder este poder al fiduciario, pero si lo hace, nos parece que la institución que comentamos queda muy desnaturalizada. Sería más un fideicomiso de residuo. Pero usar esto tampoco es exactamente lo que ese causante quiere (gestión de un patrimonio en beneficio de otro, que no quiere o no puede gestionar).

### *Posición jurídica del fideicomisario*

Se regula también ampliamente en los artículos 426-44 a 426-50.

Hay facultad de retención en favor del fiduciario (art. 426-48). En cuanto a responsabilidad por deudas, el fideicomisario responde sólo con los bienes que recibe (art. 426-46).

Nos limitamos a añadir que los fideicomisarios heredan al fideicomitente, no al fiduciario (art. 426.1).

#### En definitiva:

En la evolución normativa no ha habido modificaciones esenciales. Se ha derogado la normativa sobre fideicomisos puros, pero se ha mantenido la sustitución fideicomisaria incluso con posibilidad de elección de fideicomisarios por el fiduciario, si bien dentro de ciertos límites.

Si comparamos el Derecho catalán con el CC observamos que el primero da solución a muchas cuestiones técnicas que la regulación del CC no trata. Es especialmente interesante la normativa sobre administración y disposición, aunque se mantiene dentro del esquema “conservacionista”, si bien algo menos que el CC.

La utilidad de la regulación la consideramos básicamente la misma que la del CC: conservación de patrimonios para futuras generaciones (vinculación de bienes, aunque limitadas en el tiempo) y para aquellos casos en que se quiera privar al fiduciario de las facultades dispositivas. No creemos que la figura responda principalmente a la gestión de un patrimonio en interés de un tercero, aunque la regulación permite más fácilmente que el CC que se use esta figura para este fin. Para ello sería quizá mejor acudir al albaceazgo universal, en cuyo estudio no podemos ahora entrar.

Dado que en el Derecho catalán la legítima es un derecho de crédito, no hay inconveniente que la totalidad del caudal quede sujeto al fideicomiso, con lo cual no hace falta una norma como la del art. 808 CC en la redacción que le dio la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

### **Derecho navarro**

El Derecho navarro contiene una amplia regulación de instituciones de confianza. La fiducia se admite sin limitaciones subjetivas, aunque desde

el punto de vista objetivo es algo menos extensa que la aragonesa y en todo caso tiene que ejercerse dentro de los límites de la delegación (límites que ésta deberá señalar). La herencia de confianza, en cambio, admite más posibilidades de configuración que ningún otro Derecho español, siendo posible una “fiducia continuada” ilimitada en los términos de la ley 293; una auténtica fundación de interés privado (o trust navarro, si se quiere), aunque se la llame con otro nombre. En el fideicomiso se permite la elección de fideicomisarios, pero dentro de los límites fijados por el causante. El albaceazgo tiene, en cambio, una breve regulación y no es muy usado.

Las leyes 224 a 239 regulan las sustituciones fideicomisarias, no el fideicomiso puro, aunque creemos que este es posible en cuanto respete los (escasos) límites de Derecho necesario impuestos por las leyes reguladoras de los fideicomisos.

La primera de las leyes citadas dice que el disponente puede ordenar que se transmitan a uno o sucesivos fideicomisarios, en el tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el fiduciario. Este último tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes y sus subrogados. Tiene facultades de disposición si el disponente lo autorizó, o bien si no lo prohibió, pero en este caso con el consentimiento de los fideicomisarios y eventualmente del Juez “que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente”. También puede sustituir por sí sólo los bienes consumibles y los que se deterioren o gasten por el uso. No existe en el Derecho navarro la cuarta trebeliánica, que no tendría sentido ya que tampoco es esencial la institución de heredero para la validez del testamento, ni la cuarta inversa para el caso de sustitución de residuo.

El límite cuando se dispone a favor de personas que no vivan al fallecer el testador se fijó en el “cuarto llamamiento”, lo que convierte al Derecho navarro en el derecho español que permite una mayor vinculación temporal de bienes. “En lo que excedan de ese límite, se entenderán no hechas”, norma ésta que se dio, como ocurrió en muchos casos al redactar las Compilaciones, a la vista de las dudas interpretativas que generó el artículo 786 CC.

La ley 236 permite que el disponente pueda autorizar al fiduciario a elegir fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual y desigualmente. La elección puede hacerse en testamento (y en tal caso será revocable) o por contrato sucesorio o acto entre vivos, en cuyos casos será irrevocable. Si el fiduciario no elige, heredan todos los fideicomisarios por partes iguales y si no se hubieran designado nominativamente, pueden determinarse por acta notarial.

Se contempla la cláusula sine liberis en la ley 230, que dispone que no estarán llamados a adquirir los bienes sino cuando expresamente así se establezca.

El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo no se regulan expresamente, pero hay que entenderlos admisibles por el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad.

### En definitiva

Esta regulación proviene de la primera redacción de la Compilación (Ley 1 de marzo de 1973) y se mantuvo en la reforma introducida por la de 1 de abril de 1987. El único cambio respecto de lo antes reseñado es que la designación de fiduciario-comisario (sólo en este caso) a favor del cónyuge viudo quedará sin efecto por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio.

La legítima navarra es puramente formal, por lo que no hace falta una norma como la del 808 CC.

En el Derecho navarro hay muchas posibilidades de intervención de terceros en la sucesión de una persona, lo que lo hace especialmente adecuado para la gestión de patrimonios en interés de tercero/s, a diferencia de lo que ocurre en los otros Derechos civiles españoles. Ello, a costa, claro está, del principio del art. 670 CC. La regulación de la sustitución fideicomisaria, no obstante, sigue el esquema “conservacionista” del patrimonio.

### **Aragón**

No se regula en el Derecho aragonés la herencia de confianza ni tampoco los fideicomisos ni sustituciones fideicomisarias. Se aplica el Código Civil.

Sí hay una regulación interesante de la fiducia sucesoria, que es amplísima, seguramente la más amplia de todos los Derechos españoles, con posible ordenación de toda la sucesión y no limitada a la familia; pero ello no es objeto de este trabajo.

### **Territorios del País Vasco**

No hay regulación de fideicomiso, sustituciones fideicomisarias ni herencia de confianza en ninguno de los territorios del País Vasco, por lo que en estas materias se aplican las reglas del Código Civil. Sí se regula la fiducia

sucesoria, que es amplísima en el Derecho Vizcaya, y limitada al caserío en el de Guipúzcoa.

### **Galicia**

La Ley 2/2006, de 14 de junio ha regulado ampliamente las sucesiones mortis causa y dedica sus artículos 196 a 208 al testamento por comisario. Pero no hay regulación de otras formas de fiducia, ni fideicomisos ni sustituciones fideicomisarias, por lo que respecto de estas materias se aplica el Código Civil.

### **Nota final al apartado III**

Como se ve, en materia de fideicomisos se aplica un mismo Derecho en casi todos los territorios. Las diferencias se dan en los Derechos catalán y navarro porque, dejando de lado diferencias técnicas de regulación, conceden al fiduciario, al menos expresamente, más facultades dispositivas y permiten que el fiduciario elija fideicomisarios, aunque es raro que se conceda esta facultad en la práctica.

La evolución legislativa de las últimas décadas no ha cambiado ni la configuración institucional ni la regulación básica de los fideicomisos. Tampoco la de la herencia de confianza, salvo ligeros retoques allí donde ya se admitía. En cambio ha ampliado la extensión de las fiducias sucesorias (2003 el CC; 1995 y 2006 Galicia; 1992 el País Vasco; 1999, Aragón y Cataluña) o al menos la ha mantenido e intentado mejorar (1973 y 1987, Navarra; 1990, Baleares).

## **IV.- PANORAMA DE DERECHO EXTRANJERO.**

### **Derecho francés (13)**

El fideicomiso era una de las instituciones civiles más discutidas en la política jurídica de principios del XIX. Se había usado para mantener indivisos los grandes patrimonios familiares y en general se defendían por quienes querían mantener la estructura social del Ancien Régime. Por eso mismo fue combatida por los revolucionarios, que propugnaban una división siempre repetida de las herencias para impedir el mantenimiento de los grandes patrimonios y promover la igualdad de hecho (lo que iba en la línea de las legítimas materiales individuales y la colación entre coherederos); además las vinculaciones se estimaban contrarias a la libertad del tráfico

jurídico-económico. Durante el S. XIX se sucedieron las prohibiciones y restauraciones del fideicomiso en el CC.

El CC, en redacción que viene de la 2ª República, contenía una regla prohibitiva de los fideicomisos en su art. 896: “Las sustituciones están prohibidas. Toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario es encargado de conservar y restituir a un tercero será nula, incluso respecto del propio donatario, del heredero instituido o del legatario.” No obstante, el art. 898 admitía (y sigue admitiendo hoy) la sustitución en los casos en que el donatario, heredero o legatario no podía adquirir; es lo que llamaríamos sustitución vulgar, que el art. 898 dice que “no será considerada sustitución”.

Como se ve, se refería tanto a disposiciones a título universal como sobre bienes singulares. Se trataba de una nulidad de orden público, insanable, ni aun por declaración del tercero beneficiario (fideicomisario) eximiendo al gravado de la obligación de conservar y restituir. Se basaba principalmente en el inconveniente económico de colocar bienes fuera del comercio y crear situaciones de manos muertas. Entraña por tanto (y sólo) la nulidad de la cláusula relativa a los bienes a que se refiere (SCC 27 junio 1894, 6 junio 1961) salvo que la cláusula de sustitución forme con el conjunto de las disposiciones testamentarias un todo inescindible (SCC 6 junio 1961). La jurisprudencia entendió que el simple ruego o recomendación expresada por el testador a su sucesor para que dispusiera en beneficio de un tercero de bienes heredados no es una sustitución prohibida. También había admitido, aunque esto resulta un poco sorprendente, la validez de la cláusula de residuo (SCC 31 enero 1995) pues el primer instituido conserva sus facultades dispositivas.

Sólo se exceptuaban determinadas disposiciones entre padres e hijos y entre hermanos, reguladas en los antiguos artículos 1048 a 1074: los padres podían imponer la sustitución en los bienes dados a sus hijos por actos entre vivos o por testamento con la carga de transmitirlos a los hijos de éstos (nacidos o nacerlos) pero sólo del primer grado y sin poder establecer ningún distinción ni preferencia entres éstos por razón de edad o sexo. Y lo mismo podía hacerse en los bienes dados por dichos títulos a los hermanos del disponente.

La gran reforma del Derecho de sucesiones operada por la Ley de 23 de junio de 2006 (en vigor desde el 1 de enero de 2007) dio nueva redacción a este artículo 896, que ahora dice: “La disposición por la cual una persona queda encargada de conservar y restituir a un tercero sólo produce efecto en los casos en que está autorizada por la Ley.” Esto en sí mismo no significa demasiado,

pero se ha dado nueva redacción a todo el capítulo que antes llevaba por título “disposiciones permitidas a favor de nietos del donante o testador o de los hijos de sus hermanos o hermanas” (arts. 1048 a 1061) y ahora “De las liberalidades sucesivas y de residuo”. Las palabras “liberalidades sucesivas” es el equivalente a sustitución fideicomisaria, expresión ésta que no se ha querido usar.

El nuevo Derecho (arts. 1048 a 1056) permite expresamente que el donatario o sucesor testamentario quede sujeto a la conservación de los bienes y tenga que transmitirlos, a su muerte, a un segundo beneficiado designado por el primer disponente en el mismo acto. Reciben el nombre de “libéralités graduées”. No puede haber ulteriores designados, pero si los hay, la cláusula –a diferencia del Derecho anterior a 2006- no es nula, sino que es válida en cuanto a la sustitución del primer grado. El primer beneficiario, a salvo estas obligaciones, tiene la condición de propietario y el segundo beneficiario sólo tiene un derecho eventual, aunque algunos hablan de propiedad sujeta a condición. El segundo beneficiado no tiene por qué tener vínculo familiar con el causante. Los bienes objeto de la liberalidad (se evita cuidadosamente la palabra “fideicomiso”) tienen que ser identificables en el momento de la primer transmisión y tienen que subsistir in natura en el momento de fallecimiento del primer adquirente. Sin embargo, cuando se trata de valores mobiliarios, se pueden enajenar y se produce una subrogación real. En caso de inmuebles, el gravamen está sujeto a publicidad registral.

Y también se permite expresamente, en las liberalidades entre vivos y por testamento, que una persona pueda adquirir el residuo tras la muerte del primer beneficiado, que no limita las facultades de disposición de aquél por actos a título oneroso entre vivos, pero que le impide disponer por testamento, si bien el disponente puede ordenar que tampoco pueda disponer por actos entre vivos a título gratuito. No obstante, el primer adquirente que sea legitimario puede disponer entre vivos o por causa de muerte de los bienes que haya recibido como anticipo de herencia. Han recibido el nombre de “libéralités résiduelles” (arts. 1057 a 1061).

En cualquier caso, no hay posibilidad legal de encomendar al fiduciario la designación de beneficiarios.

El Derecho francés no admite la herencia o legado de confianza, ni la fiducia sucesoria.

Nos parece que no se considera admisible una sustitución preventiva de residuo, aunque reconocemos que la cuestión es discutible.

La reforma de 2006 no permitió delegar en un tercero la designación de beneficiario ni ningún otro aspecto de la sucesión. Además obsérvese que en las liberalidades sucesivas la restitución al “fideicomisario” sólo puede producirse por muerte del primer llamado, por lo que difícilmente cabría usar esta figura para las finalidades que se pretenden conseguir con una herencia de confianza o una fiducia sucesoria, especialmente en este último caso si el primer llamado no ha de tener derechos sobre los bienes relictos.

La regulación de las liberalidades sucesivas, en nuestra opinión, tiene como principal finalidad, permitir que el causante fije un destino de los bienes más allá de la siguiente generación. No es una regulación pensada para proteger a menores o incapacitados, ni para que un tercero gestione un patrimonio en interés de los sucesores del causante, aunque permite una gestión dinámica del patrimonio. Sin embargo, el Derecho francés, al que sigue sin gustarle la vinculación de bienes, tiene para esto otras figuras jurídicas.

La Ley de 23 de junio de 2006 dio nueva redacción a toda la regulación sobre el ejecutor testamentario, aunque los cambios no son significativos y han consistido principalmente en darle más facultades. El testador puede nombrar uno o varios ejecutores testamentarios para supervisar o realizar la ejecución de su última voluntad. El testador fija libremente su manera de actuar. Si no hay herederos forzosos, pero sólo en este caso, el causante puede configurar el cargo como un auténtico albacea universal, incluso para la conversión dineraria de todo el patrimonio relicto.

Una novedad de la reforma de 2006 ha sido la figura del mandato post mortem, antes desconocida legalmente, regulado ahora en el art. 812 CC, aunque es menos de lo que parece, pues el nombre podría dar a entender que nos encontramos ante un auténtico poder testatorio. Es un administrador de la parte que corresponde a uno o varios herederos, sin perjuicio de las facultades, en su caso, del ejecutor testamentario, ya que pueden darse ambos cargos a la vez, pues tienen distintas funciones.

Su función es administrar y gestionar, sin perjuicio de las facultades confiadas al ejecutor testamentario, todo o parte de la sucesión por cuenta e interés de uno o varios herederos identificados. No despliega su eficacia en vida del mandante. El mandato sólo es válido, sin embargo, si está justificado por un interés serio y legítimo en relación a la persona del heredero o al patrimonio hereditario, y ello tiene que motivarse con precisión. Ha sido especialmente concebido para resolver las dificultades de gestión en los casos de sucesión de empresas o patrimonios complejos, especialmente si hay discapacitados, menores de edad o personas sin aptitud para dirigir tales

negocios o patrimonios. Despliega sus efectos incluso sobre la legítima y priva siempre al heredero de realizar por sí los actos objeto del mandato (14); no son objeto del mandato los actos dispositivos. Se discute doctrinalmente si el mandante puede conferir al mandatario poderes de disposición (de la tramitación legislativa parece que los actos de disposición necesitaban autorización judicial).

Su actuación se rige por las normas del contrato de mandato (entre vivos) que no resulten incompatibles con las del mandato post mortem.

Tras la gran reforma de 2006 no ha habido modificaciones legales en estas materias ni hay a la vista ninguna.

### En definitiva:

En el Derecho francés se ha vuelto atrás en relación a la prohibición revolucionaria de las sustituciones fideicomisarias. En algunos debates doctrinales y políticos se ha llegado a decir que esto ha sido un avance de los derechos del propietario frente al orden público sucesorio, en detrimento incluso de personas vulnerables. Creemos que esta afirmación es un poco excesiva, pero sirve para la reflexión. Si fuera completamente verdad, la reforma de 2006 sería un poco incoherente, pues la regulación del ejecutor testamentario y del mandato post-mortem son útiles para la gestión de patrimonios titularidad de menores e incapacitados o de patrimonios que exigen una gestión dinámica empresarial.

### **Derecho italiano**

La sustitución fideicomisaria apenas se admite. En el S. XIX el debate llevó a vaivenes legislativos en los distintos Estados italianos similares a los ocurridos en Francia y fueron definitivamente suprimidas en el Código de 1865.

El Código vigente, de 1942, ha mantenido la prohibición, pero ha admitido una excepción, introducida por la Ley de 19 de mayo de 1975 (la misma Ley que introdujo el régimen económico matrimonial de gananciales). Se trata del art. 692, que permite que un ascendiente o el cónyuge de un incapacitado puedan instituir a dicho descendiente o cónyuge (respectivamente) con obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes a favor de la persona o los entes que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado del propio incapacitado. También se permite la sustitución respecto del menor de edad aunque no haya sido incapacitado si se prevé que la incapacitación tendrá

lugar. La sustitución queda sin efecto si se deniega la incapacitación o no se inicia el procedimiento de incapacitación en un plazo de dos años desde que el menor ha alcanzado la mayor edad. También queda sin efecto la sustitución si se declara el final de la incapacitación, y en caso de fallecimiento de la persona física o disolución de la persona jurídica encargada de la guarda del incapacitado antes del fallecimiento de éste último.

Con razón se ha hablado de fideicomiso asistencial. Al instituido se le aplican, en cuanto sea posible, las normas del usufructuario. El inciso final de este artículo dice tajantemente que “en cualquier otro caso la sustitución es nula”.

Incluso se niega eficacia al usufructo sucesivo: el art. 698 dice que sólo tiene valor a favor de las personas que en el momento de la muerte del testador han sido primeramente llamadas. Una excepción hay en el art. 699, que permite la disposición testamentaria que tiene por objeto el pago periódico, ya sea perpetuo o temporal, de sumas determinadas como premio de nupcialidad, de natalidad, ayudas para la preparación de una profesión o arte, obras asistenciales o para otros fines de utilidad pública, a favor de personas a escoger dentro de una determinada categoría o entre los descendientes de una determinada familia. Estas anualidades pueden rescatarse.

Por su parte, el art. 697 dispone que estas normas son también aplicables a los legados.

En materia de donaciones, el art. 795 dispone, siguiendo la misma tesis prohibitiva, que “En las donaciones no están permitidas las sustituciones salvo en los casos y con los límites establecidos para los actos de última voluntad.” Sin embargo, añade que “la nulidad de la sustitución no implica nulidad de la donación”.

El Derecho italiano contiene una regla contraria al heredero o legatario aparente (art. 627 CC).

También hay una regla contraria a la delegación sucesoria en los arts. 631 y 632, aunque en donaciones entre vivos sí se permite un mayor margen a la actuación de un tercero.

Toda la normativa comentada proviene de la redacción inicial del Código (16 de marzo de 1942) sin que hasta la fecha se hayan modificado. Tampoco consta ningún proyecto de modificación.

En definitiva, el Derecho italiano prohibió completamente las sustituciones fideicomisarias, pero las ha permitido para una única finalidad: la asistencial a determinadas personas. Obsérvese que se ha hecho, para estos casos, una cosa parecida a lo que ha hecho la Ley española de 18 de noviembre de 2003.

## **Derecho alemán**

En el Derecho germánico medieval no se conocía la institución del testamento, por lo que no se dio la ocasión de tener que reaccionar contra instituciones-límite a la autonomía de la voluntad. No obstante apareció una figura jurídica como reacción frente a la transmisión automática de los bienes del difunto a la familia conforme a criterios prefijados. Se trata del Salmann, que era una persona de confianza del difunto, a quien éste dejaba en confianza sus bienes para que los entregara en un acto público, tras la muerte de éste, a las personas designadas por el propio difunto. En todo caso, esta figura sólo puede ser considerada un antecedente remoto del actual ejecutor testamentario regulado por el BGB, pues el grado de confianza objeto de posible delegación admitido por el Código es mucho menor.

Se ha dicho (Hans Brox) que el BGB, en vigor desde el 1 de enero de 1900, no introdujo grandes reformas en el Derecho sucesorio anterior (15). El testamento se considera un acto personalísimo, si bien hay un cierto margen a la actuación de terceros en todo lo que pueda entenderse que no implica un suplantar la voluntad del causante. Aparte de esto, las únicas excepciones las encontramos en materia de legados y en la figura del ejecutor testamentario. La regulación que comentamos no nos consta que haya sido modificada desde la entrada en vigor del BGB.

El testador no puede encomendar a otro la formulación de su última voluntad, sino que tiene que hacerlo personalmente, incluido en los legados. Esta regla data de la primera redacción del BGB y se ha mantenido invariada.

Una reciente Ley de modificación del Derecho de tutela y curatela, de 29 de junio de 2011, que también contempla lo que aquí llamaríamos “voluntades anticipadas” o “instrucciones previas” (arts. 1903 y siguientes) no ha permitido en absoluto, como tampoco se permitía antes, la actuación del representante en disposiciones por causa de muerte.

Por otro lado, los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias también sufrieron las consecuencias del liberalismo decimonónico y fueron reguladas por el BGB con cierta prevención, si bien, a diferencia de lo ocurrido en

Francia no se llegó a la prohibición. Los parágrafos 2100 a 2146 BGB aceptan y regulan la figura del heredero sucesivo (Nacherbe), que es una sustitución fideicomisaria pero en la que sólo se admite un llamamiento. Si el acontecimiento o el momento en que la sucesión sucesiva debe abrirse no han sido determinados por el causante se entiende que la herencia sucesiva se defiere al morir el primer heredero.

La institución de heredero sucesivo es ineficaz si pasan 30 años desde la muerte del causante, salvo que el hecho que determine la sucesión sucesiva se refiera a una persona que viva al morir el primer causante, o que un hermano del primer heredero esté designado como heredero sucesivo.

El primer heredero no puede disponer, como regla general, pero tampoco ha de soportar cargas extraordinarias en los bienes. No obstante, el causante puede instituir heredero sucesivo sólo en lo que quede de la herencia (parágrafo 2137) o autorizar al primer heredero a disponer libremente. No existe la figura de la cuarta inversa a favor del heredero sucesivo. Como hemos dicho antes, el primer llamado no puede elegir fideicomisarios.

No se regula en el BGB el llamado fideicomiso puro (del Derecho Romano) si bien la función de éste creemos que puede ser cumplida por el ejecutor testamentario.

La figura del ejecutor testamentario se regula en los parágrafos 2197 y ss BGB de una manera bastante detallada.

Lo designa el causante para ejecutar en general su última voluntad o bien para encomendarle tareas particulares. Puede nombrarse en contrato sucesorio, pero no como pacto vinculante para el ordenante. También puede nombrarse en testamento mancomunado, pero nunca será considerado como disposición respectiva. Puede nombrarse bajo condición o a término. Y el parágrafo 2198 dispone que el causante puede encomendar a un tercero la designación. El tercero pierde este derecho si transcurre el plazo que le haya fijado el Tribunal de herencias (Nachlassgericht) a petición de cualquier interesado. También puede nombrarlo el propio tribunal de testamentarias si el testador así lo ha pedido en el testamento, pero oyendo antes a los interesados.

El ejercicio no es personalísimo, pues el parágrafo 2199 permite que el ejecutor testamentario designe sustitutos así como uno o más co-ejecutores.

El causante puede autorizar al ejecutor a designar un sucesor (2199).

Ejecutor puede ser tanto una o varias personas físicas como jurídicas. Puede ser uno de los coherederos, según ha admitido la jurisprudencia (pues como ejecutor tiene facultades que no le corresponden como coheredero) pero no el heredero único, pues el cargo de ejecutor implica limitaciones para los herederos, aunque el heredero único sí puede ser co-ejecutor, pues en tal caso el cargo se ejerce mancomunadamente). También puede nombrarse un ejecutor para el legatario o para los herederos sucesivos, de forma que administre y haga entrega del legado o ejecute los derechos del heredero sucesivo y cumpla sus obligaciones; en este caso, su actuación no incide en la actuación de los herederos primeramente llamados.

Su función, a falta de mayores especificaciones del testador, es conseguir que se lleven a efecto las disposiciones del causante. Si hay varios herederos, tiene la obligación de realizar la partición, oyendo antes a los herederos sobre su plan de partición. También tiene la obligación de administrar el caudal relicto; puede tomar posesión del mismo y tiene facultades de disposición ilimitadas, salvo por título gratuito, en cuyo caso sólo puede realizar actos dispositivos que respondan a un deber moral o a una medida obligada por el decoro. La administración y posesión de los bienes está sustraída a los herederos. Incluso sólo corresponde al ejecutor hacer valer judicialmente los derechos que resulten del caudal. Los herederos tampoco pueden realizar actos dispositivos sobre los bienes que administra el ejecutor. La limitación principal de esta figura es que no puede contraer obligaciones, salvo las que sean necesarias para la ordenada administración del caudal; en ningún caso pueden quedar obligados los herederos.

En materia de plazos, la regulación difiere básicamente de la los otros Derechos extranjeros vistos. La administración puede conferirse al ejecutor por plazo que no exceda de 30 años desde la muerte del causante. No obstante, el parágrafo 2210 permite que el plazo dure toda la vida del heredero o del propio ejecutor o hasta la producción de un acontecimiento en la persona de uno u otro. El ejecutor tiene obligación de entregar a los herederos los bienes relictos que manifiestamente no necesite para el cumplimiento de sus funciones.

Es una especie de figura tutelar de los herederos, que les priva de la administración y disposición del patrimonio. Es algo que claramente se quiso evitar en Francia y en Italia y que aproxima esta figura a la vinculación fideicomisaria (de ahí el límite temporal de 30 años). Puede ser de utilidad especialmente en el caso de grandes patrimonios o en el de empresas, especialmente si han de ser administradas durante un cierto tiempo. Con esta figura el testador puede evitar la actuación de un sucesor poco capacitado,

o la sujeción del patrimonio al régimen legal de la tutela, o determinadas actuaciones judiciales que se darían en casos de existencia de menores o incapacitados.

El problema de la limitación del ejecutor para contraer obligaciones se puede eliminar con el consentimiento de todos los herederos. El causante puede también imponer esto como una carga a los herederos o bien como una condición para heredar. También se ha propuesto ver el caso como un patrimonio separado administrado por el ejecutor con exclusión de los herederos, pero de forma que los herederos sólo responden con los bienes integrantes de ese patrimonio.

En nuestra opinión, el ejecutor presenta algunos rasgos comunes con los fiduciarios de algunos Derecho civiles españoles, especialmente con el aragonés.

La figura del ejecutor no debe confundirse con la del curador o administrador del caudal hereditario (Nachlasspfleger) regulada en el párrafo 1960, que es sólo un mero administrador provisional nombrado por el Tribunal de herencias hasta que los herederos se hagan cargo de los bienes hereditarios.

En definitiva, el Derecho alemán ha sido un poco más permisivo que el francés y el italiano. No admite figuras que puedan ser calificadas como herencia o legado de confianza. Sí admite el fideicomiso de sustitución, pero sólo con un llamamiento, aunque el fiduciario no puede elegir fideicomisarios. No admite en principio la delegación sucesoria, pero por vía doctrinal y jurisprudencial se aceptan sin mayores problemas algunos casos de actuación de un tercero para “aplicar” criterios del testador que en el sistema del CC español se entenderían prohibidos por excesivos. La figura del ejecutor testamentario, en cambio, como hemos visto excede del albaceazgo francés o italiano, por lo extenso de sus facultades y porque puede prolongarse en el tiempo.

### **Breve referencia a otros Derechos**

#### Derecho de Inglaterra y Gales (Common Law)

Como sabemos, el Common Law no conoció la figura del heres romano. A la muerte de una persona no se produce una transmisión de la propiedad de sus bienes a unos herederos. Por el contrario, se traspasan de forma temporal los bienes y los derechos sobre los bienes, pero como un patrimonio

separado, a una o varias personas que tienen encomendada la administración y liquidación del patrimonio relicto hasta la entrega del remanente a los beneficiarios finales. Esta persona es nombrada por el causante en su testamento o, en defecto de testamento, o si en éste no se nombró, se nombra por el Juez. Puede ser una persona jurídica y puede ser también uno o varios de los beneficiarios últimos.

El executor o el administrador judicialmente nombrado se convierte en el titular legal de los bienes del fallecido, que tras la liquidación, que puede durar escaso tiempo o muchos años, entrega a los beneficiarios. Sólo pueden ejercer sus funciones cuando han sido correctamente nombrados: el primero por un grant of probate y el segundo por las letters of administration, ambos documentos expedidos por un tribunal de Inglaterra o de Gales en un procedimiento que en realidad es administrativo y que sólo es propiamente judicial cuando hay disputa entre partes interesadas. Los beneficiarios tienen acción contra los executors o administradores en relación al correcto ejercicio de sus funciones y para exigir la transmisión de los bienes. Los beneficiarios no son mientras tanto propietarios ni titulares de derechos reales sobre los bienes y tampoco tienen acciones entre sí: el beneficiario de un bien concreto, o legatario, no tiene acción contra los demás beneficiarios que reciban el remanente.

Este sistema permite cumplir múltiples finalidades: tanto la administración dinámica del caudal relicto, incluso con facultades de disposición, como la conservación en favor de personas aún no nacidas. No hace falta una regulación de sustituciones fideicomisarias, aunque tenemos claro hasta qué punto se admitiría una vinculación de bienes para generaciones futuras, fuera de un trust. De todas formas, la vinculación de bienes no es algo que en los tiempos actuales sea beneficioso o recomendable.

No hay constancia de reformas recientes ni de propuestas de reforma del Derecho que acabamos de reseñar.

El sistema es similar en Irlanda, Irlanda del Norte y en Escocia.

## **Austria**

El Derecho sucesorio se regula en los parágrafos 531 a 824 del Código Civil General (ABGB).

Se admite la herencia sucesiva, pero con un único llamamiento (art. 608). El primer heredero se convierte en propietario del caudal relicto y tiene el uso y disfrute ilimitados, pero sujeto todo ello a condición resolutoria o a término

final, según los casos. La Ley no regula la sustitución en el residuo pero se ha entendido por doctrina y jurisprudencia que es posible que el causante autorice al primer heredero a disponer entre vivos y que el segundo heredero sólo adquiera el remanente.

De todas formas, hay que tener en cuenta que en Austria la legislación sobre fundaciones es muy permisiva. Se admiten las fundaciones privadas (Privatstiftung) cuya finalidad sea exclusivamente el beneficio de personas pertenecientes a una misma familia. Es decir, no se exige una finalidad de interés general, a diferencia de lo que ocurre con los Derechos más influenciados por el Derecho francés.

En materia de ejecución, existen las figuras del executor testamentario, con escasas funciones, y el administrador de la herencia. Parece que ambas tienen escasa aplicación práctica.

La última reforma del Derecho sucesorio tuvo lugar en 1989, que igualó en derechos a los parientes ilegítimos y a los legítimos.

En las materias objeto de este trabajo no ha habido reformas recientes ni tampoco hay reformas a la vista.

## **Bélgica**

La sucesión mortis causa se rige por los artículos 718 a 1100 del Código Civil.

Se admite la sustitución pupilar pero no la sustitución fideicomisaria. El art. 896 dispone que toda disposición por la que el donatario, el heredero o el legatario quedan gravados con la carga de conservar y entregar a un tercero será nula, incluso respecto del propio donatario, herederos o legatario. No obstante, los arts. 1048 y 1049 hacen una excepción: se permite a los padres sustituir a sus hijos en beneficio de los nietos, nacidos o naceros, tanto en testamento como en una donación. Sólo es válido un único llamamiento. Y se permite al causante o donante, para el caso de morir sin hijos, instituir heredero/s a hermano/s pero con sustitución a favor de hijos de éste/os, nacidos o naceros. Sólo se admite un único llamamiento.

No se admite el testamento otorgado por un tercero.

El Código admite y regula en los arts. 1025 y siguientes la figura de los ejecutores testamentarios, que son personas que sólo pueden ser designadas por el testador y que tienen funciones limitadas.

## **Bulgaria**

Las sucesiones se rigen por la Ley de Sucesión de 1949, adaptada en 1992 tras el fin del comunismo.

Se admite el testamento como medio para ordenar la propia sucesión. Se admite la sustitución vulgar, pero no se admiten la sustitución pupilar ni la fideicomisaria (art. 21 LS).

## **Grecia**

Las sustituciones se regulan en los artículos 1809-1812 y 2008-2009 del Código civil griego. Estos últimos artículos se refieren específicamente a las sustituciones fideicomisarias. Parece que sólo se admiten en los legados. Se definen como las ordenadas por el testador para que a partir de un momento determinado o de un acontecimiento posterior a la adquisición, la/s cosa/s pasen a una tercera persona. Sólo pueden imponerse cuando respondan a una finalidad de interés público o hayan sido establecida en beneficio de parientes consanguíneos del testador, ya sea en línea recta o en línea colateral hasta el tercer grado (sobrinos) inclusive, siempre que unos y otros vivan al fallecimiento del primer llamado. Cualquier otra sustitución en favor de personas distintas es nula.

## **Holanda**

De la escasa información que hemos podido obtener del Derecho holandés (los comentarios más fiables están redactados en holandés y no en inglés) reseñamos que se admiten las sustituciones impuestas a hijos y a hermanos, pero sólo en favor de sus respectivos propios hijos (arts. 1020 y 1021 del Código Civil).

## **Hungría**

El Derecho húngaro no admite las sustituciones fideicomisarias.

## **Luxemburgo**

El Derecho de sucesiones de Luxemburgo ha estado siempre muy influenciado por el francés; incluso es usual entender aplicable la jurisprudencia francesa. Pero no se ha producido una reforma “contra-revolucionaria” –en los que se refiere a sustituciones fideicomisarias– como la habida en Francia el año 2006. La regulación actual se contiene en el Código

Civil, cuyas últimas modificaciones fueron introducidas por leyes de 26 de abril de 1979 (asimilación de los hijos naturales a los legítimos), 12 de marzo de 1982 y 8 de abril de 1993 (cesión de cuotas hereditarias).

No se admite la sustitución fideicomisaria (art. 911 del Código Civil), bajo sanción de nulidad. La nulidad no afecta sólo a la sustitución propiamente dicha, sino a la liberalidad en su totalidad.

No se permite el poder testatorio ni el testamento por comisario. La ejecución de la última voluntad por un tercero no es algo necesario y, cuando existe, su actuación no es controlada por los tribunales y no es nombrado ni ratificado por ninguna autoridad. Ningún ejecutor tiene facultades dispositivas, salvo lo dicho para el pago de legados. Tampoco puede realizar la partición y no parece posible que el testador le encomiende esta tarea.

No hay a la vista ninguna reforma legislativa sobre las materias que acabamos de citar.

## **Polonia**

La sucesión se regula en el libro IV del Código Civil de 23 de abril de 1964.

Se acepta la sustitución vulgar (art. 963) pero no se regulan las sustituciones pupilar ni ejemplar ni fideicomisaria. Si un testador ordena una sustitución fideicomisaria al heredero, ello no invalida la institución, sino que se entiende que el fideicomisario es un sustituto vulgar (art. 964).

## **Portugal**

Las sucesiones se regulan en el libro V del Código Civil (arts. 2024 a 2334).

Los artículos 2281 a 2300 regulan las sustituciones. Se admiten la vulgar, la pupilar, la ejemplar y la fideicomisaria. Esta última se regula brevemente en los artículos 2287 a 2296. Se admite tanto en la herencia como en los legados, pero limitada a un único llamamiento. Los beneficiarios no tienen por qué ser personas pertenecientes a la familia del causante. El fiduciario tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y se le aplican las normas del usufructo en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza del fideicomiso. El fiduciario puede disponer de los bienes con autorización judicial en casos de evidente necesidad o utilidad.

## **República checa**

La sucesión se rige por el título III de la Parte III del Código Civil de 2012 (Ley 89/2012), que comprende los artículos 1475 a 1720, que entró en vigor el 1 de enero de 2014. Es la normativa más reciente de la Unión Europea.

Se admite y regula sustitución fideicomisaria (Arts. 1512 a 1524). No nos ha resultado posible encontrar más información fiable.

## **Suiza**

La sucesión se regula por el Libro III del Código Civil de 10 de diciembre de 1907.

Se admite la sustitución fideicomisaria (arts. 487 a 492) con un único llamamiento, así como la sustitución de residuo.

## **Liechtenstein**

La sucesión se rige por el CC de 1811. El Derecho de Liechtenstein es un Derecho continental europeo que ha incorporado el trust, que cualquier testador puede instituir. Sólo se da si el testador lo instituye.

Se admite la sustitución fideicomisaria, incluso tácita (arts. 604 a 610).

Y la legislación de este país admite ampliamente las fundaciones privadas de interés particular con plena capacidad de obrar y de adquirir, inclusive inmuebles.

## **Apunte final sobre los Derechos extranjeros examinados**

La admisión de las sustituciones fideicomisarias en los Derechos continentales examinados es mucho menor que en los Derechos civiles españoles. Por otro lado, ninguno admite figuras que puedan calificarse de herencia o legado de confianza, aunque en Austria, Suiza y Liechtenstein puede conseguirse lo mismo por otras vías. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, en los casos en que se admiten, no permiten que el primer llamado elija fideicomisarios, y no admiten fideicomisarios más allá del primer grado. También siguen un modelo que podemos calificar de “conservacionista”, con mayores o menores matizaciones. Es cierto que algunos Derechos regulan otras figuras jurídicas (de tipo fundacional, o cargos de gestión o ejecución) que permiten la conservación de patrimonios

familiares por tiempo indefinido con una gestión dinámica, pero esto es otro tema. Los cargos relativos a la ejecución de las últimas voluntades no tienen facultades que permitan calificarlos como figuras fiduciarias, salvo en una pequeña medida el executor alemán. La fiducia sucesoria tampoco se reconoce, salvo el ámbito admitido por la doctrina y jurisprudencia alemana. El rechazo de la vinculación de bienes forma parte, en general, del orden público sucesorio. Más que en España.

Los Derechos anglosajones presentan una gran diferencia, pues puede decirse que en toda herencia testada hay sitio para la fiducia, ya que el executor tiene un poder decisorio que no es de mera ejecución, sino de integración de la voluntad del causante. La figura del albacea se ha unido en cierta manera a la de un comisario, aunque el ámbito de actuación de éste puede quedar delimitado en el testamento. El causante puede regular su sucesión con todo el detalle que quiera, incluso de forma que el executor no tenga poder decisorio, pero no es lo usual. El causante también puede incluir al executor en el círculo de beneficiarios.

El orden público sucesorio está más basado en la voluntad del causante que en los países continentales, incluido España.

## **V.- COMENTARIO FINAL.**

Las sustituciones fideicomisarias, por virtud de las cuales una persona adquiere un patrimonio con la carga de conservarlo y entregarlo a otra, con la finalidad de mantener unos bienes un cierto tiempo -mayor o menor, según los Ordenamientos- en una misma familia, de forma que el primer adquirente no pueda disponer, o pueda hacerlo pero de manera excepcional, es algo que sigue siendo la principal inspiración de las diferentes normativas que hemos ido viendo sobre la sustitución fideicomisaria (no la de residuo, claro está). Si en algunos casos se admite la posibilidad de disponer, se trata de casos excepcionales y con control judicial, lo cual no elimina la lógica “conservacionista”.

Redactar un testamento para conseguir este objetivo de conservación de bienes en la familia no nos lo piden hoy los testadores a los notarios. No recuerdo un solo caso en mis ya casi 25 años de ejercicio notarial. Menos todavía se quiere que el primer heredero no tenga ni la posibilidad de gravar los bienes. Muchos testadores han visto las enormes ganancias que algunos o muchos han podido conseguir con la venta de inmuebles, incluso rústicos o en pequeñas localidades, por operaciones imprevisibles en el momento en que heredaron. Han pensado que no conviene imposibilitar eso mismo

a la siguiente generación. Tampoco quieren impedir que se pueda hipotecar un inmueble para financiar obras de reparación o mejora, o simplemente porque el propietario (su hijo) lo necesita para salir de una situación apurada de deudas. Son sólo ejemplos. No estamos diciendo que haya que regular teniendo en cuenta estos casos particulares. La cuestión es de mayor calado: apartar bienes del comercio es algo que “no gusta”; y realmente no conviene.

En los casos de patrimonios grandes, sólo hay interés en conservarlos unidos cuando se trata de patrimonios empresariales o profesionales, a veces, en forma de sociedad, cuya subsistencia como tales sólo es viable en cuanto no se dividan, aunque se imponga a su único adquirente la carga de compensar a sus hermanos (en general, a los demás coherederos) en dinero por una cantidad equivalente a una cuota como si todos los hermanos (coherederos) hubieran sido instituidos por partes iguales. Pero esta finalidad de mantener el patrimonio indiviso no necesita la figura jurídica del fideicomiso de restitución ni la sustitución fideicomisaria: basta que se atribuya a un heredero único, que las legítimas no sean una pesada carga, y que si el causante quiere más o menos igualar a los herederos, se otorguen pactos parasociales relativos a reparto de dividendos, regulación de reservas y elección de administradores.

En consecuencia, creemos que una vinculación de bienes en beneficio de una generación siguiente es algo que con razón no recomendamos los notarios ni creemos que se pueda recomendar.

La regulación que tiene como principio la conservación del patrimonio para otra generación es algo que va hoy contra el orden público económico.

Esta regulación que no permite disponer, o lo permite de forma excepcional, la consideramos hoy, por tanto, superflua. En muchos países, como hemos visto, no existe ni se estima necesaria.

Si se estableciera un régimen legal de gestión que permitiera la disposición o gravamen, la figura tendría algo de sentido, aunque estimamos que seguiría teniendo muy poco éxito mientras se mantuviera la obligación de conservar y entregar un patrimonio en lugar de restituir al segundo llamado sólo lo que quede de aquél.

Lo que sí se utiliza en la práctica son sustituciones fideicomisarias de residuo; y dentro de éstas, las que la doctrina denominó “si quid supererit”.

Y a veces, hablando con el testador, nos percatamos que en realidad lo único que quiere es una sustitución preventiva de residuo.

El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva en el residuo sí interesan, porque permiten cumplir finalidades para las que resulta innecesario privar casi-completamente del jus disponendi al primer heredero: muchos testadores quieren que su patrimonio no vaya a determinadas personas, o quieren que, en defecto de voluntad del primer llamado (por ejemplo, porque está incapacitado de hecho o de derecho, pero no sólo en estos casos), su patrimonio vaya a determinadas personas, o quieren evitar que se produzca un abintestato en la siguiente generación. Pero no quieren que los bienes queden vinculados; y en realidad no hace falta.

En todo caso, para conseguir esta finalidad basta admitir un único llamamiento.

Nuestra experiencia nos ha enseñado que la práctica jurídica de otros países con los que estamos en contacto (Alemania y Francia) también va un poco en esta dirección. La institución de Nacherben se utiliza, pero con ella se trata de asegurar que al final sean herederos los hijos (nombrando por ejemplo fiduciario al cónyuge) si bien relevando al primer heredero de las limitaciones de disponer que subsidiariamente establece el BGB. En Francia puede usarse esta posibilidad con mucha más amplitud que antes del 1 de enero de 2007.

Las funciones socio-económicas que se pretenden satisfacer hoy y para las que cabe plantear si una sustitución fideicomisaria es una figura jurídica adecuada, son, en nuestra opinión, las siguientes:

Las ya dichas de que un patrimonio no vaya a determinadas personas, o que, en defecto de voluntad del primer llamado, el patrimonio vaya a determinadas personas, o evitar que se produzca un abintestato en la siguiente generación. En estos casos se puede recomendar una sustitución fideicomisaria, pero de residuo y, según el caso, una sustitución preventiva.

Y también estas otras funciones:

Asignar un patrimonio a un incapacitado de hecho o de derecho, regulando un destino tras la muerte de dicho incapacitado porque éste no puede testar. Se puede decir que esta necesidad ya se cubre con la sustitución ejemplar, que por cierto somos partidarios de mantener, pero en la fideicomisaria hay algo que no hay en la ejemplar: un fiduciario, que al testador le puede interesar que exista y actúe. Al referirnos a la sustitución fideicomisaria nos estamos refiriendo a la de residuo, pues no se trata de garantizar un patrimonio a un segundo llamado, sino de que se gestione bien ese patrimonio en beneficio del primer llamado (el incapacitado de hecho o de derecho).

Evitar la influencia en los herederos o legatarios de personas no gratas para el testador.

Evitar que alguien que se quiera instituir heredero o legatario malbarate en su propio perjuicio, por alguna razón (adicciones, prodigalidad, debilidad de carácter) el patrimonio recibido.

Se trata en todos estos casos de limitar las facultades dispositivas de los herederos en beneficio de ellos mismos. Sin embargo, aquí nos parece más recomendable acudir a prohibiciones de disponer o a exigir para ello el consentimiento de determinadas personas.

Hoy apenas hay la necesidad, que se daba en el Derecho romano más antiguo, de tener que acudir al fideicomiso para evitar la aplicación de rígidos requisitos legales.

En los casos en que se trate meramente de gestionar un patrimonio en beneficio de un tercero, ya se trate de menores, incapacitados, o de supuestos en que concurren circunstancias especiales (grandes patrimonios, patrimonios cuyo mantenimiento exige una administración cualificada o con actuación de profesionales...) no nos parece muy recomendable usar la sustitución fideicomisaria, aunque sea de residuo. En esta última aparecería además el peligro de que los fiduciarios-gestores podrían actuar en su propio beneficio con muy pocas posibilidades de ser controlados de manera efectiva.

Si se usara esta figura, sería por no haber otro cauce jurídico, y aún se haría forzando las normas. Pero no hace falta tal cosa en los Derechos civiles españoles. En estos casos, lo procedente, y posible, es ordenar una administración, que podría ser un albaceazgo pero a largo plazo y con más funciones que el albaceazgo típico del CC español.

Desde una perspectiva jurídico-formal, podemos añadir, para finalizar este trabajo:

La sustitución fideicomisaria tiene sentido para cumplir una finalidad parecida a la fiducia sucesoria y al albaceazgo, pero sin confundirse con ninguna. Esto es, que el primer llamado pueda distribuir el caudal o incluso elegir beneficiarios, y a la vez tenga ciertos derechos sobre el patrimonio relicto, más o menos amplios según haya querido ordenar el testador. Esta función excede de la mera fiducia sucesoria porque el primer llamado (el fiduciario) puede ser incluso heredero y excede del albaceazgo, incluso universal, porque el primer llamado no es sólo un ejecutor de la voluntad testamentaria. Por

tanto, puede tener sentido que exista una regulación, aunque ésta se deba referir más bien a la sustitución de residuo, como hemos dicho.

Cabe plantear si conviene o no cabe permitir la elección de fideicomisarios por el primer llamado.

En la práctica, no se pide. Hay algunos Derechos autonómicos españoles en que se permite. Estos apenas se da en los Derechos extranjeros continentales. Sí se da en los Derechos anglosajones.

En los Derechos en que no se admite, se puede plantear la cuestión de lege ferenda.

Esta posibilidad fue admitida en el Derecho histórico español, por lo que su admisión, aunque hoy por hoy chocaría con el art. 670 CC, que rige en esta materia en toda España excepto Cataluña y Navarra, no debiera considerarse algo inaceptable si es dentro de los límites fijados por el fideicomitente y con un fin legítimo, expreso o deducible del título sucesorio. No se atenta con esto, creemos, a nada esencial de la institución.

Y también cabe plantear si sería conveniente admitir la herencia o el legado de confianza para cumplir algunas de las funciones socio-económicas reseñadas.

La herencia de confianza sigue suscitando hoy muchos recelos tanto en España como en el extranjero, si bien se alega que la prohibición de estas figuras en los Derechos en que se admiten (Cataluña y Navarra) llevaría al uso de la fiducia plena, lo cual es más peligroso para el causante. Creemos que esta alegación es exagerada.

Esta figura puede ser un cauce para mantener un patrimonio con un titular “formal” y unos beneficiarios últimos, sin que el titular formal tenga que hacer la designación de éstos hasta transcurrido un cierto tiempo. Así se podría llegar a una unificación entre Derechos continentales y anglosajones. Pero creemos que esto se puede conseguir también con la figura, menos peligrosa y de entrada más aceptable para todo el mundo, que hemos llamado “fiducia sucesoria”, si al fiduciario se le atribuye también la administración. Lo que hay en la herencia de confianza que no se da en la fiducia es que la regulación de la actuación del fiduciario, incluida la identificación de los beneficiarios últimos, queda fuera del título sucesorio. Pero creemos que este “secreto” no hace mucha falta; en la gran mayoría de casos, el interés del causante también se cubre haciendo constar en el título sucesorio los límites

de actuación del fiduciario y mayor o menor número de instrucciones. En la práctica que conocemos del Derecho inglés, es usual que en el testamento consten instrucciones al executor sobre su forma de actuar y plazos, y siempre hemos visto designadas las clases de beneficiarios últimos. En todo caso, y siendo realistas, la posibilidad de una regulación en el CC o en la mayoría de los Derechos continentales europeos de la herencia de confianza nos parece remota. Y dado que la mayor parte de sus finalidades se pueden conseguir con la fiducia sucesoria, no nos declaramos partidarios de su regulación.

Tampoco debe perderse de vista que en la herencia de confianza se agudiza el peligro de que la gestión se acabe realizando en interés de gestores, llámense con el nombre que se quiera.

En todo caso, creemos que no debe olvidarse nunca que los fideicomisos y la herencia de confianza implican un fortalecimiento de los derechos del propietario frente a un orden público sucesorio. Pueden perjudicar a personas que, de no existir aquéllos, se beneficiarían de los bienes como propietarios y los integrarían plenamente en el comercio.

Probablemente esto es una cuestión más política que jurídica.

## NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

1-Para esta reseña del Derecho romano nos hemos inspirado en nuestro propio trabajo sobre las instituciones fiduciarias sucesorias que constituyó el discurso de ingreso en la Academia: “Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro”, Palma, 19 noviembre 2012.

2-Arangio-Ruiz, Vincenzo, Instituciones de Derecho romano, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, páginas 647-650.

3- Rivas Martínez, Juan José, Derecho de sucesiones común y foral, Tomo II, volumen 1º, Dykinson, 3ª ed. 2004, página 117.

4-Rivas Martínez, Juan José, op.cit., página 124.

5-Rivas Martínez, op. cit., página 134.

6-Díez-Picazo, Luis, y Gullón Ballesteros, Antonio, Sistema de Derecho civil. Vol. IV, 3ª edición, Tecnos, 1986, página 510.

7-Díez-Picazo y Gullón, op. cit., página 509.

8-Díez-Picazo y Gullón, op. cit., página 511.

9-Rivas Martínez, op. cit., página 165.

10- Valls Xufre, Josep Maria, Los fideicomisos, en la obra colectiva “Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña”, coordinada por Lluís Jou i Mirabent, 1ª edición, Bosch, 1994, páginas 705 a 708.

11-Garrido Melero, Martín, Código Civil de Cataluña, monográficos “La Notaría”, Colegio notarial de Cataluña y Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales SA, 2008, página 161.

12-Garrido Melero, Martín, Los fideicomisos, en la obra colectiva “Instituciones de Derecho privado” coordinada por Juan Francisco Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado y Thomson Civitas, tomo V, vol 1, año 2004, página 854.

13-En la explicación de los Derechos francés, italiano y alemán hemos seguido, básicamente, lo que ya explicamos en nuestro ya citado discurso de ingreso en la Academia.

14-Leroyer, Anne-Marie, Droit de successions, Dalloz, 2011, páginas 325.326.

15- Brox, Hans, Erbrecht, Carl Heymanns Verlag, 1998, páginas 17 y 72 y ss.