

La fiducia sucesoria.

Ensayo de construcción dogmática

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL NUCLEO DOGMATICO DE LA FIDUCIA: CARACTERES: A. *Negocio «mortis causa»*. B. *La atribución o investidura de una titularidad sobre el caudal relicto*: B. 1. La vocación del confidentiario. B. 2. La titularidad atribuida *ex fiducia causa*. B. 3. El cargo y el encargo.—3. LA FIDUCIA SUCESORIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

1. INTRODUCCION

Desde la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la doctrina ha venido reconociendo la utilidad dogmática de la «fiducia» para encuadrar bajo un mismo *nomen iuris* una serie dispar de instituciones tanto de Derecho común como forales: el testamento por comisario, los herederos distributarios, las llamadas cláusulas de confianza, las cláusulas *sub modo*, los herederos o legatarios de confianza, la fiducia continuada y los fiduciarios —comisarios, el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, etc. (1). Tampoco ha dejado de llamar la atención a nuestra doctrina la relativa proximidad de otras figuras del Derecho nacional y comparado, tales como singularmente son los legados, el albaceazgo, el *trust* del *Common Law* o instituciones como el *Treuhand* o *Salman* del Derecho germánico.

Todo ello hace conveniente un intento de construcción dogmática de la FIDUCIA para evitar que se haga de ella un nombre carente de

(1) Referencias a esta sentencia en muchos autores; en particular, *vid.* Roca SASTRE: *Estudios de Derecho privado. II. Sucesiones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 102 y sigs., y en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 433, y *Jurisprudencia civil*, sentencia número 35, pág. 275 del tomo 8 de Ed. Reus.

rigor en su contenido, a modo de cajón de sastre y tranquilizador de la conciencia de juristas, sirviendo de percha a instituciones incómodas o extrañas a las ideas y principios informadores del Derecho sucesorio común.

2. EL NUCLEO DOGMATICO DE LA FIDUCIA: CARACTERES

Interesa, si no una definición, al menos desvelar, bajo la aparatosa heterogeneidad institucional, un núcleo mínimo conceptual, pues de lo contrario deberíamos concluir que la fiducia no es más que un puro *nomen* carente de valor sustancial.

En mi opinión, caracterizan a aquélla las siguientes notas:

- a) Ser un negocio jurídico *mortis causa*.
- b) Atributivo a una o varias personas (fiduciarios o confidenciarios) de una titularidad sobre bienes o derechos del caudal relicto del disponente.
- c) El encargo de aplicación de dichos bienes al destino confiado.

Adviértase la analogía sustancial con la definición de *trust* del hasta ahora proyecto de la Convención de La Haya sobre Derecho internacional privado de *trust* en su artículo segundo: «(...) *the term «trust» refers to the legal relationships created —inter vivos or on death— by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of beneficiary or for a specified purpose* (2). (El término *trust* hace referencia a relaciones jurídicas creadas *inter vivos* o para después de la muerte por una persona, el constituyente, cuando bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en beneficio de un tercero el fideicomisario o para un propósito específico)».

Vamos a analizar cada uno de estos elementos:

(2) Sobre el concepto y desarrollo, *vid.* HAYTON and MARSHALL: *Cases and commentary on the law of trust*, London, Stevens & Sons, 1986, 8th edition, páginas 3 y 783 y sigs. Sobre el fideicomiso en los países iberoamericanos, especialmente interesantes: JORGE PIÑA MEDINA: *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, Banco Somex, S. A., México, 1982, y RODOLFO BATIZA: *El fideicomiso. Teoría y práctica*, México, 1958.

A. NEGOCIO «MORTIS CAUSA»

Esta categoría se ha revelado útil para encuadrar instituciones tales como las donaciones *mortis causa*, el mismo testamento y contrato sucesorio, los heredamientos, etc. (3). Este carácter de negocio jurídico permite distinguir esta figura de aquellas instituciones por virtud de las cuales se inviste a una persona de titularidad sobre ciertos bienes, imponiéndose un encargo de aplicación *ex lege*, que no *ex voluntate*.

Ejemplos de esta suerte de «fiducia sucesoria legal» no faltan; así, el cónyuge bínubo reservista con facultad de mejorar en bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del anterior matrimonio (artículos 972 del Código Civil y 270 de la Compilación Catalana, tras la reforma de 25 de mayo de 1987, que le atribuye facultad análoga de distribución), o la atribución, artículo 129, 2, de la Ley del Suelo, a las Juntas de Compensación de potestades fiduciarias con pleno poder de disposición sobre fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas; toda vez que, como indica JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ (4), la atribución de dicho poder de disposición «ni parte de un acto espontáneo y libre del fiduciante ni en el ejercicio de ella puede presumirse la pervivencia del acto de fe».

En calidad de negocio jurídico *mortis causa* nos es permitido diferenciar estas figuras de otras próximas fiducias *inter vivos*. Por supuesto, como negocio jurídico le es aplicable en general toda su dogmática y concepto.

Elementos del negocio *mortis causa*:

A.1. Elementos personales

— *El fiduciante-tes.*—Son los titulares de bienes o derechos que atribuyen al fiduciario-s confiando en que sean aplicados conforme a su propósito.

La fiducia puede ser un negocio unilateral, bilateral o plurilateral. No obstante ser regla común en nuestro Derecho civil que el testamento es un acto enteramente individual (art. 669 Código Civil), es posible en los ordenamientos forales y en alguna ley especial disposiciones *mortis causa* válidas otorgadas simultáneamente por varias personas, ya en pro-

(3) Así, por ejemplo, en JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, páginas 199 y sigs.

(4) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ: *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1982, tomo III, págs. 153 y sigs.

vecho recíproco o para beneficiar a un tercero; el testamento mancomunado en Aragón (arts. 94 y sigts. de la Compilación aragonesa), el de hermandad navarro (Leyes 199 y siguientes de la Compilación navarra), la sucesión en la explotación familiar agraria deferida por voluntad mancomunada de ambos cónyuges (art. 22 de la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes).

— *El fiduciario-s* *.—Son los portadores de la confianza del fiduciante, al objeto de que destinen sus bienes o derechos para después de su muerte según su propósito («... para que los inviertan o apliquen según sus instrucciones», art. 785, 4, CC).

De ser varios los designados (fiducia colectiva) podrán ejercer sus funciones mancomunada o solidariamente, siendo común en nuestro Derecho foral la presunción de mancomunidad, la atribución al Juez de discrecionalidad para resolver según proceda en caso de desacuerdo o incluso autorizar en algunos casos al testador o disponente para que atribuya al fiduciario la facultad de delegar sus funciones *inter vivos* o *mortis causa* o nombrarles sustitutos (cfr. arts. 9 y sigts. de la Compilación vizcaína, Leyes 283 y sigts. de la Compilación navarra y arts. 115 y sigts. de la Compilación aragonesa).

— *Beneficiarios*.—Son los, en última instancia, favorecidos por el encargo de aplicación, siendo su posición más o menos robusta, según la naturaleza de la institución. Adviértase la gradación que existe entre un fideicomisario aplazado, fideicomisario *sub conditione*, fideicomisario de residuo o el miembro del círculo de herederos legatarios «presuntos» (artículo 19 de la Compilación vizcaína), entre los cuales recaerá la elección en un testamento por comisario o en una cláusula de confianza. En algunos casos el encontrar beneficiario no es nada fácil (piénsese en la siguiente disposición: «Nombro a X mi legatario para que con 100.000 pesetas que pongo a su disposición provea al cuidado de mis perros hasta que mueran»).

A.2. *Elementos reales*

— Los «bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte» (opuestos a personalísimos; cfr. art. 659 CC).

— La fiducia puede ser universal o particular y ello independientemente de que sea el fiduciario instituido heredero o legatario (así el legado de parte alícuota o las «instituciones *ex re certa*» admitidas en Cataluña, Baleares y Navarra).

(*) NOTA BENE: a partir de ahora empleo el término «fiduciario» en su sentido más amplio de confidenciario por virtud de fiducia sucesoria.

— Podrá incluso comprender bienes ajenos, en cuyo caso serán aplicables por analogía las reglas del legado (arts. 861 y sigts. CC).

— El encargo de aplicación puede afectar a toda la atribución del fiduciario (por ejemplo, el fiduciario sujeto a restitución universal) e incluso hasta el punto de agotar la liberalidad (fiduciario puro no autorizado ni para disfrutar ni para retener, obligado a restitución universal) o afectar sólo a parte de la atribución (heredero fiduciario único sujeto a fideicomiso de una cuarta parte de herencia) o a una cosa concreta.

A.5. *Elementos formales*

— El negocio *mortis causa es solemne*, sólo válido mediante algunas de las formas idóneas, ya testamentarias (sin perjuicio de la admisibilidad de codicilos y memorias testamentarias en Cataluña: artículos 105 y siguientes de la Compilación catalana; Baleares: artículo 17 de la Compilación; Navarra: Leyes 194 y siguientes; sujetos a protocolización), ya contractuales; ora en capítulos o en escritura pública (arts. 30 y sigts. de la Compilación de Vizcaya, 63 y sigts. y 97 y sigts. de la catalana, 6 y sigts. de la de Baleares, 99 y sigts. de la Compilación de Aragón y las Leyes 172 y sigts. de la de Navarra).

— Por razón de la *forma de establecer la fiducia*, es decir, según aflore o no al título sucesorio el encargo hecho al confidenciario, es posible distinguir:

a) *Fiducia expresa*.—La que menos reparos suscita. El título proclama el fin predeterminado que el fiduciario deberá observar. Ejemplos típicos: una institución *sub modo* en donde la cláusula modal aparece en el título («el legado para hacer algo a costa del mismo, como una sepultura para el testador, o una obra pública o un banquete para los munícipes» (5), el *fideicomisum libertatis* (en que se encargaba en Derecho romano la libertad del esclavo Ticio) o por exigencia del Derecho común, la sustitución fideicomisaria.

El problema principal que ha suscitado esta fiducia es la confusión con el simple ruego. Como es sabido, el *fideicomisum*, pariente remoto romano de estas instituciones, nació como un encargo hecho a la fe del fiduciario (de ahí la expresión *FIDEI COMMITTO*; GAYO, *Instituciones*, II, 249), carente de fuerza jurídica de obligar hasta que el Emperador Augusto creara una protección procesal por vía extraordinaria a favor del fideicomisario. En nuestros días el problema se traduce en discri-

(5) *Digesto*, 31, 1 § 17; versión castellana por ALVARO D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO y J. BURILLO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972.

minar cuándo se está en la presencia de fiducia (y el encargo es exigible por el legitimado para reclamar su cumplimiento) o un simple ruego, consejo o súplica (y carente de trascendencia jurídica, aunque podría generosamente verse en ello manifestación de obligación natural) (6).

Respecto a este problema, creo aplicable el principio general «IN DUBIO CONTRA FIDUCIA» (7). Hay varias razones para ello:

- a.1. Por ser esa la solución uniforme de nuestra tradición jurídica; así, en el Derecho romano clásico, en principio se ordenó expresara *certa et sollemnia verba; verbis imperativis* (8).
- a.2. Por ser conforme con el principio general del Derecho de «favor debitoris» y el de «efecto mínimo» (9).
- a.3. Por inducirse de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de nuestros textos legales (véase, por ejemplo, la muy ejemplificativa Ley 228 de la Compilación navarra) o incluso del Derecho comparado.

Otra cosa distinta es en nuestro Derecho, sobre todo el foral, la admisibilidad de casos de fiducia tácita o presunta, e incluso «conjetural», lo que se ha planteado especialmente en la institución fideicomisaria y cuyo estudio excede de los límites de este trabajo.

b) *Fiducia secreta*.—Suscita no pocos prejuicios, y ello por razones que son fáciles de alcanzar: la confianza puede ser tracionada o el fiduciario puede cumplir el encargo en su propio beneficio (10). No es de extrañar el tono general prohibitivo que se deduce expresamente del artículo 785, 4, del Código Civil e implícitamente de la disposición transitoria segunda que las tolera sólo como Derecho transitorio.

Conviene, no obstante, advertir:

1. Que no existe en Derecho común prohibición general de la fiducia, ni del fideicomiso puro expreso (prueba de ello la amplitud

(6) Sobre este punto y en contra de tal teoría, *vid.* VITTORIO POLACCO: *De las sucesiones*, tomo I, traducción española, Ediciones Jurídicas Europa-América, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, págs. 341 y sigs.

(7) Manifestación análoga del tan socorrido principio, recogido por doctrina, reiterada jurisprudencia y la Compilación navarra, que reza: «in dubio contra fideicommissum».

(8) JUAN IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Ed. Ariel, sexta edición, págs. 690 y sigs.

(9) PUIG BRUTAU, *op. cit.* (p), nota 1, pág. 325.

(10) Véase sobre los argumentos a favor y en contra de esta institución, FRANCISCO BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, tomo V, pág. 137. En el caso del heredero o legatario de confianza, la prohibición expresa de aplicar los bienes en su propio provecho se encuentra en el artículo 121 de la Compilación catalana.

en la definición de modo del artículo 787 del Código Civil), sino del secreto con que el encargo se confía. Por eso repugna al Derecho común el fideicomiso tácito, el albaceazgo o herencia de confianza (11) o la institución de heredero para aplicar bienes según ciertas instrucciones que resultan de cédulas o papeles privados que no reúnen los requisitos del testamento ológrafo (por ejemplo, el artículo 672 del Código Civil).

2. Que esa desconfianza o no existe o está mucho más matizada en los ordenamientos forales, manifestación de lo cual es la admisión de memorias testamentarias en las cuales y sin los requisitos formales del testamento se confía el encargo hecho al heredero testamentario (supuesto de hecho de la Sentencia de 20 de octubre de 1944), la admisión en los ordenamientos catalán o navarro de la herencia de confianza y la admisibilidad de la *testamentifactio* por comisario (así en Vizcaya) y las cláusulas de confianza (así en Cataluña).
3. Que generalmente se olvida que el grado de secreto del encargo puede ser diverso (12):
 - 3.1. La que podíamos llamar «fiducia absoluta», que, con POLACCO (13) entendemos es aquella disposición *mortis causa*, comunicada en secreto a una persona, llamada fiduciario, el cual debe ejecutar lo que por el testador le ha sido comunicado; y que plantea el problema de la trascendencia jurídica de la prueba hecha por beneficiario del encargo o el de la revelación espontánea anunciada por el fiduciario. Por ejemplo, X instituye heredero a Ticio en testamento; luego, en vida le comunica su deseo de que emplee el contenido patrimonial de la atribución testamentaria para alimentar a Caya, con la que ha mantenido «relaciones sentimentales».
 - 3.2. A veces la existencia del encargo confidenciario aflora al título y, por tanto, existe certeza de la condición de fiduciario, por más que pueda desconocerse el contenido de aquél (14).

(11) *Vid.*, en particular, JOAQUÍN COSTA: *Fideicomisos y albaceazgos de confianza*.

(12) Con más acierto y precisión, el Derecho anglosajón de trust distingue entre expresos, tácitos, implícitos, «constructivos» y secretos. Entre los *secret trust: the fully secret trust*, y el llamado *half secret trust*. Así, en L. B. CURZON: *Law of trust*, M. & E. Handbooks, 2nd edition, págs. 42 y sigs.

(13) *Op. y págs. cit.* en nota 6.

(14) Ejemplo típico de esto: la herencia de confianza. Véase la fórmula tra-

El problema que este tipo de disposición plantea es la forma y condiciones del cumplimiento y, en su caso, quiebra de la confianza, por eso las legislaciones que la admiten suelen regular (*vid.* Derecho catalán y vizcaíno de la herencia y legado de confianza) el cumplimiento y revelación de la confianza (salvo prohibición expresa), la prohibición de cumplimiento en provecho fiduciario o la posibilidad de la delegación o sustitución en el encargo.

B. LA ATRIBUCIÓN O INVESTIDURA DE UNA TITULARIDAD SOBRE CAUDAL RELICTO

Estudiaremos:

- 1.º La vocación del confidenciario.
- 2.º La titularidad atribuída por virtud de fiducia (*ex fiduciae causa*).
- 3.º El cargo y el encargo.

B. 1.º *La vocación del confidenciario*

El fiduciario es llamado a cumplir el encargo cuando muere el fiduciante y se abre la sucesión independientemente tenga o no conocimiento de aquél con anterioridad. Interesa señalar:

- Es distinta la vocación hecha al confidenciario de la que en su caso proceda en favor del beneficiario, no debiendo ni siquiera coincidir en el tiempo.
- Que cuando *ex lege* o *ex voluntate* el cargo está vinculado a una atribución patrimonial sea a título de heredero o legatario (por ejemplo, heredero distribuidor); es posible repudiar la herencia y/o legado y aceptar el cargo, pero no viceversa (por ejemplo, el artículo 389 de la Compilación catalana y el artículo 900 del Código Civil).

Requisitos de la vocación al confidenciario.

Siguiendo al *Digesto*: «*Delata Fiducia intelligitur quam quis possit adeundo consequi*».

a) *La sucesión debe estar abierta*: es evidente que el fiduciario, aunque tenga conocimiento del encargo, no puede hacer uso de él hasta que

dicional en Cataluña según PELLA: *Código Civil de Cataluña*, según cita de José GASSIOT MAGRET: *Comentarios a la Compilación de Derecho civil (de) especial de Cataluña*, Ed. Bosch, pág. 150.

fallezca el fiduciante, por la propia naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*.

Cosa distinta es la revocabilidad o irrevocabilidad de la designación de fiduciario hecha en el título sucesorio, cuestión nada sencilla, pero que, entiendo, depende de la naturaleza de éste:

— Si por testamento, esencialmente revocable (por ejemplo, artículo 737 Código Civil), aunque contenga poder testatorio otorgado unilateralmente.

— Si por contrato sucesorio; no es nada clara la solución, pero en principio no cabe revocación unilateral (15).

b) *Que exista designación o llamamiento a la fiducia* hecha en título jurídico ora unilateral o plurilateral, revocable o irrevocable, *mortis causa*. Es indispensable que el llamado sea determinado o susceptible de determinación (aplicado el artículo 750 por analogía).

c) *El llamado a la fiducia deberá sobrevivir al difunto*.

d) *Aptitud o capacidad*. El problema de la capacidad del fiduciario no es baladí, e interesa por razones obvias: 1.º al fiduciante le interesa que el fiduciario sea capaz del recto cumplimiento del encargo; 2.º al fiduciario por las consecuencias que se seguirán de su aceptación.

Entiendo que:

— Si es llamado en calidad de heredero o legatario, la capacidad exigida al fiduciario es la *testamenti factio pasiva*; así ocurrirá en los fideicomisos singulares o universales, en las instituciones o legados *sub modo*, en el caso de herederos distributarios o de herederos o legatarios de confianza, etc.

— Si es llamado al encargo en calidad de albacea, su capacidad es otra y más exigente, pues deberá tener capacidad de obligarse; por ejemplo, el artículo 893 del Código Civil, artículo 114 de la Compilación aragonesa, Ley 284 de la Compilación de Navarra, etc. (16).

— ¿*Quid* de aquellos casos en que la fiducia no se confía a heredero, legatario o albacea?; ejemplo de ello son los de comisario o fiduciario del Derecho aragonés o navarro con facultad de ordenar sucesión, y los titulares tan sólo de facultad de elección o distribución. A falta de

(15) Por ejemplo, el problema de la revocabilidad de la delegación de la facultad de mejorar, otorgada en capítulo, *ex art.* 831, nueva redacción del Código Civil, ver JUAN SARMIENTO RAMOS: *Derecho civil: Sucesiones*, Centro de Oposiciones, Madrid, 1985, tema 69, pág. 13.

(16) El muy discutido problema de la naturaleza del albaceazgo es resuelto en la sentencia con que se inicia este ensayo, a favor de la tesis de la fiducia testamentaria. Sobre albaceazgo y titularidad de disposición, véanse las acertadas opiniones de ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, pág. 748, 1.ª edición.

previsión concreta (suele exigirse una relación familiar con el causante: cónyuge o consanguinidad) lo más razonable es la aplicación analógica de las normas del mandato y el albaceazgo (véase el artículo 1.716 del Código Civil en relación con su artículo 893 y compárese con la Ley 284 de la Compilación navarra y el artículo 114 de la Compilación aragonesa) (17).

— ¿Pueden ser fiduciarios personas jurídicas? Entiendo que indudablemente sí a calidad de heredero o legatario (la Compilación navarra lo prevé incluso para la herencia de confianza), dudoso, aunque generalmente admitido para el albaceazgo, más que dudoso en los demás casos (por ejemplo, parecería contrario a su naturaleza un testamento por comisario encargado a una sociedad anónima aún en legislaciones tan generosas como la vizcaína).

Por supuesto la capacidad y la idoneidad para ser confidenciarias han de apreciarse, como dicen las Compilaciones aragonesa y navarra, en el «momento de ejercer su función» y no en el del otorgamiento del título por razones obvias.

B. 2.º *Titularidad atribuida*

Independientemente de que exista o no atribución patrimonial y de que sea el confidenciario llamado a la fiducia como heredero o legatario o albacea... es necesario se le invista de una titularidad sobre bienes o derechos del caudal relicto. La expresión es deliberadamente imprecisa, creo que son distintas las titularidades que sobre el caudal pueden atribuirse para el recto ejercicio del encargo, al fiduciario:

a) *Una titularidad subordinada de goce* (18), cuyo ejemplo típico es el caso de la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria (19), pues, independientemente del gravamen restitutorio, el fiduciario tiene entre tanto la facultad de usar y disfrutar de los bienes relictos fideicomitidos, subrogados y accesiones (así se deduce del artículo 781 del Código Civil y en particular de los artículos 182 de la Compilación catalana, Ley 232

(17) Así lo entiende, por ejemplo, para el Comisario de Vizcaya, ADRIÁN CELAYA IBARRA, en *op. cit.*, nota 10, pág. 141.

(18) Utilizo la expresión de titularidad subordinada para distinguirla de la titularidad plena, y en tanto que atribuye el goce del contenido económico del derecho sujeto al encargo de aplicación. Véase, sobre el particular, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, parte general, tomo primero, Ed. Casa Martín, pág. 474, y sobre las titularidades de goce y disposición, ATARD: «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1924, pág. 277.

(19) Cf. Sentencia de 30 de octubre de 1944.

de la Compilación navarra y el artículo 30 de la Compilación balear), haciendo suyos los frutos y las rentas de los mismos, respetando en todo caso el capital fideicomitado.

Evidentemente, el provecho resultante del disfrute del contenido de la atribución patrimonial no implica necesariamente la cualidad de usufructuario (así, por ejemplo, el fiduciario sujeto a restitución fideicomisaria es verdadero heredero o verdadero legatario y tiene facultades de propietario, sujeto, eso sí, a la restitución), aunque puede ocurrir así, como es el caso del llamado «pseudo usufructo testamentario» del artículo 787 del Código Civil (*vid.* R. 2-12-86 DGR). Otro ejemplo: el del tutor nombrado bajo la fórmula del artículo 275 del Código Civil.

b) *Una titularidad fiduciaria.* El más remoto precedente es en este caso el de la «fiducia» romana, que implicaba la transmisión de la propiedad o de la titularidad de un derecho *fidei fiduciae causa* (20), lo cual exigía una *mancipatio*, *in iure cessio* o una *coemptio* a la cual se añadía el *convenium* o *pactum fiducire* que, aunque independientemente, se agregaba al *pactum* o negocio principal. Merced a la *interpretatio* de las XII Tablas nos es posible descubrir en su estructura un acto solemne de transmisión de propiedad y un pacto obligacional fuera del formal transmisorio, del cual nace una *actio bonae fidei*: la *actio fiduciae*.

Esta construcción pesa todavía en la dogmática moderna del negocio fiduciario, cuya discutida naturaleza no es objeto de estudio en este trabajo.

Nos interesa señalar que por virtud de negocio jurídico *mortis causa* es posible atribuir una titularidad fiduciaria cuando se cumplen sus requisitos:

1) *Una atribución patrimonial*, lo que implica una vocación universal o singular. El fiduciario será heredero o legatario y, por tanto, le será aplicable su disciplina. En particular podrá aceptar o repudiar el encargo; si es heredero se subrogará en el lugar del causante y responderá *ultra vires* si no acepta a beneficio de inventario podrá ejercer las acciones en defensa del honor, buen nombre, o las del estado civil del causante...

2) *La «causa fiduciae»*: no obstante la creación de una titularidad externa, aparente y formal, dotada de evidente poder de disposición o inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 2.º, 3, de la Ley Hipotecaria, la atribución *sub fiducia* limita o restringe la

(20) RODOLFO SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, XVII edición, traducción española de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 50.

atribución en tanto que internamente el fiduciario no es más que un *merus minister* o ejecutor testamentario (21).

Es precisamente esa tensión entre el elemento externo o formal y el interno o «bonitario» lo que ha suscitado no pocas perplejidades en la doctrina y caracteriza la esencia del negocio fiduciario en sus dos manifestaciones: *fiducia cum creditore* y *fiducia cum contracta*.

¿Qué fiducias sucesorias pueden considerarse negocios fiduciarios? Con la advertencia de que la cita no puede ser exhaustiva citaremos algunos ejemplos:

— *Fideicomisario puro*

(Por ejemplo, instituyo heredero fiduciario a X sujeto a restitución de mi herencia a mi nieto cuando nazca, sin facultad de goce o disfrute de bienes).

A diferencia de su pariente próximo, el fideicomisario en sustitución o sustitución fideicomisaria, el fiduciario es tan sólo portador de una titularidad fiduciaria, existiendo una sola liberalidad (la que tiene al fideicomisario por beneficiario) y no dos o más aunque sucesivas. El fiduciario no es más que un *heres formal* o ejecutor testamentario, lo que revela la típica desproporción entre el fin perseguido y el medio jurídico empleado. El encargo no le autoriza a disfrutar de los bienes o derechos fideicomitidos, aunque en el Derecho catalán pueden detraer la *quarta trebeliánica* (esto y el hecho de su condición de heredero le diferencia de otra figura próxima: el albaceazgo universal del artículo 236 de dicha Compilación).

En mi opinión, no hay duda de la posibilidad de un fideicomiso puro expreso en Derecho común, como veremos.

— *Institución sub modo*

Entiendo que en algunos casos la institución submodo, sobre todo dada la generosa concepción que resulta del artículo 797 del Código Civil, hasta el punto que puede consistir en la obligación de invertir todos los bienes recibidos con arreglo a las instrucciones del testador, puede responder a la naturaleza del negocio fiduciario cuando la cláusula modal no configura una obligación accesoria y extraña al acto de liberalidad (22), sino que se incardina en la entraña misma del negocio. No existe un sacrificio o merma de gratuidad, y que da la medida de la

(21) ROCA SASTRE, *op. cit.* en nota 1, págs. 99 y sigs.

(22) Sobre este tema en particular, la valiosa monografía de ORENCIO VICENTE TORRALBA SORIANO: *El modo en el Derecho civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1967.

liberalidad; antes bien, existe atribución o investidura de *officium* o cargo anejos a la disposición *fiducia causa*.

Con LACRUZ y SANCHO REBULLIDA entendemos características del modo:

1. Subordinación a una atribución principal de la cual depende.
2. No corresponsabilidad de esta atribución principal, frente a la cual el modo nunca supone una contraprestación, *stricto sensu*.
3. Una vinculación del atributario gravado (23).

Por ejemplo, instituyo heredero a X al objeto de que destine mis bienes al fomento de la investigación y promoción de la egiptología en España.

— *El supuesto de heredero administrador*

Es el caso de la siguiente disposición, que encontramos en la Ley 3, párrafo 3.º, *Dig. de usuris* 22; la testadora instituyó a Pollidio *en interés* de su hija menor, en calidad de administrador de la herencia, preferible al tutor, con la obligación de restituirla con todos sus frutos al día designado (24). Entiendo posible en Derecho común al amparo de los artículos 164, 1 y 2, y 227 del Código Civil.

— *El «trust» anglosajón*

También pertenece a este supuesto en tanto que atribuye una titularidad fiduciaria, aunque no necesariamente *mortis causa*; el rasgo más característico es la distinción entre los derechos resultantes de la constitución: el fiduciario o *trustee* es propietario sujeto a *trust (equitable obligation)*: el fideicomisario o *beneficiary* tiene un derecho o interés en equidad (*equitable interest*), así llamado porque originariamente sólo era susceptible de tutela ante los Tribunales de Equidad (opuesto a *Common Law*); lo que dio en una suerte de propiedad dual o *dual ownership*.

Es definido como una relación fiduciaria que sujeta a la persona a quien se inviste de la propiedad a deberes de equidad de administrarla en beneficio de otra, según resulta de la voluntad manifiesta de constituir la («a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the property is held to equitable duties to deal with

(23) *Op. cit.*, nota 3, pág. 317.

(24) LAVANDERA: «Instituciones fiduciarias», en *RDP*, 1923, págs. 170 y sigs.

the property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it» (25).

— *El heredero mero distribuidor*

Cuando considerando insuficiente el albaceazgo, se cree preferible instituir heredero o nombrar legatario con el encargo de distribuir cantidades que se deje en general a clases determinadas como parientes, pobres o establecimientos de beneficencia (*vid.* artículo 671 del Código Civil en relación con los artículos 747, 749 y 751). Responde a la tradición del heredero por intermediario. La *commendatio in manu*, los *manumissores*, el *salman* de la Ley Sállica y Ripuaria, etc... (26).

La herencia —dice LAVANDERA— entra en su patrimonio, aunque no permanezca en él ni resulte más que un agente de la herencia o mandatario de su transmisión. Ejemplo: Lego a B el tercio de libre disposición para que lo reparta prudencialmente entre los huérfanos del pueblo. B no suplanta o sustituye la voluntad del testador, sino que la ejecuta, para lo cual tiene el cargo de heredero (27).

También aspecto pero limitado de integración de voluntad testamentaria por persona distinta del causante revisten los artículos 875 y 876 del Código Civil.

— *Las herencias y legados de confianza*

El heredero o legatario de confianza es verdadero heredero o legatario, pero no hace suya la sustancia de la herencia (*non ad commodum*), toda vez que en calidad de confidenciario deberá cumplir el encargo que como ejecutor testamentario se le ha confiado. El secreto de este último no puede oscurecer la naturaleza de su función, antes bien, el secreto no tanto de la existencia del *pactum fiduciae* como de su contenido se aviene con la naturaleza del negocio fiduciario: cuando se revela o cumple la confianza, nace a la luz el negocio subyacente de albaceazgo de modo muy semejante a lo que resulta cuando al desvanecerse el negocio simulado aparece el disimulado encubierto. Prohibida esta institución en Derecho común se admite y regula en dos forales: el catalán (arts. 118 y siguientes) y el navarro (leyes 289 y siguientes).

Como dice la Sentencia de 10 de octubre de 1944, existen dos fases

(25) Bibliografía sobre TRUST en CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 2.º, Ed. Reus, Madrid, 1984, XIV edición, nota 2 a la pág. 728. En particular, MIÑANA: «Los trusts», *RGLJ*, junio 1931, págs. 599 y sigs.

(26) ROCA SASTRE, *op. cit.*, nota 21, págs. 99 y sigs., y POLACCO, *op. cit.*, nota 6, *passim*.

(27) *Op. cit.*, nota 24, y LACRUZ, *op. cit.*, nota 3, pág. 376.

o aspectos diferentes, «pues en el aspecto externo o formal y en la fase anterior a la revelación de la fiducia se estima que el fiduciario o heredero de confianza ostenta la condición de titular del patrimonio hereditario, mientras que en el aspecto interno o material (...) se conceptúa que el confidenciario es una especie de mandatario del testador».

c) *Una titularidad de disposición.* A veces la fiducia sucesoria no inviste al fiduciario de titularidad alguna de disfrute, ni tampoco fiduciaria, sino que le atribuye lo que la moderna doctrina llama titularidad de disposición sin atribución patrimonial: aquella facultad o poder dispositivo que actúa sobre patrimonio ajeno y sin existir representación; es, pues, un supuesto de legitimación indirecta; las diferencias con las figuras anteriores son claras:

1. El llamado por esta cláusula fiduciaria carece, en principio, de un interés patrimonial. Tendrá en todo caso un interés de índole familiar o de afección, pero ni disfruta del contenido de la atribución ni es en principio necesariamente heredero o legatario; no apareciendo externamente como dueño pleno o limitado de bienes confiados a su arbitrio de disposición.

2. El fiduciario ahora no cumple ni ejecuta otra voluntad testamentaria que la derivada del cumplimiento o ejecución de la titularidad de disposición, no es, en sentido estricto, por ello un mero vehículo de la voluntad del *de cuius*; antes bien, expresa su propia voluntad integrando el título sucesorio.

Como expresa JUAN VERGER GARAU a propósito del distribuidor balear (28), se produce «una combinación de dos negocios unilaterales. La elección o distribución realizada por el fiduciario se basa en su voluntad propia que completa el contenido y da eficacia a la declaración del testador que le autorizó para ejercitar dichas facultades de la manera que considerase más conveniente».

3. En principio y a diferencia, por ejemplo, del heredero de confianza, no tiene poder de gestión, ni de administración, ni le corresponde premio alguno por su actividad (29).

Ejemplos de sucesión confiada al arbitrio de disposición de un tercero existen en nuestro Derecho en instituciones tales como el testamento por comisario vizcaíno (arts. 15 y sigts. de la Compilación), la atribución en Cataluña al cónyuge superviviente de la facultad de elección de heredero del premuerto entre hijos comunes (art. 115 de la Compila-

(28) *Revista de Derecho Privado*: «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales», dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXXI, vol. 1.º, artículos 1-65, Compilación de Baleares, págs. 353 y sigs.

(29) ROCA SASTRE, *op. cit.*, nota 21, pág. 108.

ción catalana) o el Pallars-Sobirá y otras comarcas a los dos parientes más próximos entre sus hijos, la fiducia confiada al cónyuge y la colectiva para ordenar la sucesión en la casa aragonesa (art. 110 de la Compilación aragonesa), los fiduciarios-comisarios navarros (leyes 281 y sigts.), el heredero distribuidor balear (arts. 18 y sigts.); e incluso en Derecho común la posibilidad de delegación de la facultad de mejorar hecha cónyuge del artículo 831 del Código Civil, o la posibilidad de delegar en el cónyuge la designación de sucesor en la explotación familiar agraria.

Con todo, una pura titularidad de disposición es un caso excepcional y no es extraño la concesión de aquélla a quien ostenta por otro título (*verbi gratia*, por derechos de viudedad en el frecuente supuesto de cónyuge comisario, o fiducia confiada a heredero o legatario en tanto que sucesores universales o particulares del difunto) o porque lo exige la misma naturaleza de la fiducia de disposición; un interés patrimonial sobre otros o incluso los mismos bienes o derechos del caudal; son casos de titularidad de disposición que se yuxtapone a una atribución patrimonial:

- El caso del fiduciario en el fideicomiso de elección, expresamente previsto en las Compilaciones catalana y navarra.
- El supuesto de comisario en la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias, porque su artículo 25 le otorga el usufructo de la explotación en tanto no haya cumplido el encargo.
- El de las cláusulas fideicomisarias de residuo con facultad de disfrutar y disponer de los bienes fideicomitidos; aunque su naturaleza es dudosa.
- El del heredero distributivo de Baleares; en tanto que sólo puede ser nombrado quien sea instituido, aunque sólo sea en usufructo (art. 18 de la Compilación balear).

B. 3.º *El cargo y el encargo*

Como advierte Roca, el encargo con que se vincula al fiduciario *post obitum* es el *alma mater* de la institución; su verdadera razón de ser. No por ello existe mandato, ni siquiera un mandato *post mortem*, toda vez que no le liga contrato (aunque esto es dudoso cuando la fiducia se atribuye por pacto sucesorio), ni existe representación, ni negocio ajeno gestionado, ni arbitraje o función tutelar. Existe un *officium*, cargo o función de Derecho privado resultante de un negocio jurídico *sui generis*, cual es la fiducia, por más próximas que puedan parecer otras

instituciones (así, el mandato se asemeja al albaceazgo, la representación al testamento por comisario).

Son, en mi opinión, características del cargo:

1. El ser voluntario, pues, a diferencia del Derecho histórico (el fiduciario romano clásico), el elegido confidenciario es libre de aceptar o no su nombramiento, mas, una vez aceptado, deberá desempeñarlo diligentemente (por analogía con lo dispuesto por el albaceazgo y el mandato). El problema que esto plantea es si, dado el carácter voluntario, la repudiación de la función deferida frustra necesariamente el encargo; para lo cual no existe solución única: si bien cabe nombramiento de albacea dativo; en el caso de la titularidad de disposición conferida, a falta de previsión del causante (por ejemplo, sustitución, fiducia continuada) o disposición legal, procede la apertura de la intestada (*vid.* artículo 115 de la Compilación catalana, el art. 20 de la *bareal*...).

2. No necesariamente gratuito, mas como es lógico hay que estar a la naturaleza de la institución y por supuesto al título sucesorio: el fiduciario disfruta de bienes fideicomitidos, el heredero de confianza percibe las remuneraciones pactadas o la legal, y otro tanto ocurre del albacea. Interesa señalar, no obstante:

a) En cualquier modo tiene derecho a resarcirse de los gastos en que haya incurrido en el diligente cumplimiento de su función, incluso a cargo del caudal (razón: fundamento de justicia y equidad para evitar el enriquecimiento injusto y aplicación analógica de lo previsto para la sustitución fideicomisaria) (Ley 294 de la Compilación navarra, artículo 119 de la catalana...) o para la función tutelar (art. 220 CC).

b) Por analogía con lo dispuesto para la gestión de negocios y el mandato (art. 1.711 CC) cuando el fiduciario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que la fiducia se refiere se presume la obligación de retribuirlo.

3. Temporal. Desde luego esa parece ser la idea de nuestro Código, al que repugna toda suerte de vinculaciones perpetuas. Muestra de ello son los límites impuestos a las sustituciones fideicomisarias tanto en el Código como en las Compilaciones, el rechazo de la prohibición perpetua de enajenar o del encargo de pagar a varias personas sucesivamente más allá de segundo grado renta o pensión (art. 785 CC) y la frecuente previsión legal de breves plazos (generalmente un año) para el cumplimiento del encargo (art. 904 CC para el albaceazgo, art. 119 de la Compilación catalana para herencia de confianza, art. 19 de la Compilación vizcaína, art. 118 de la aragonesa, art. 25 de la Ley de Explotaciones

Familiares Agrarias, art. 831 CC para delegación de la facultad de mejorar).

El problema se suscita cuando ni el título ni la ley han señalado plazo (por ejemplo, la institución sub modo).

4. El carácter personalísimo del cargo: viene exigido por la confianza depositada por el causante en quien haya de ejecutar el encargo. El fiduciario, por regla general, podrá servirse de técnicos y auxiliares, más no podrá subdelegar si no está autorizado por el disponente (el albaceazgo en Derecho común da la pauta general, artículo 909; se reiteran similares previsiones en el artículo 18 de la Compilación vizcaína y se deducen de los artículos 115 y siguientes de la catalana, Ley 282 de la navarra y el artículo 23, 3, de la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias).

Excepcionalmente puede autorizarse en el título la continuidad de la fiducia ora nombrando sustitutos a los fiduciarios, ora incluso facultando a primeros o sucesivos fiduciarios hacer ulteriores nombramientos (leyes 292 y siguientes de la Compilación navarra; artículo 118 de la Compilación catalana, etc...).

— *El encargo*

La diversidad de encargos confiados a la fe del fiduciario es tan grande que es imposible su enumeración, pero pueden agruparse como sigue:

a) Encargo de restitución: comprensivo de dos obligaciones impuestas al fiduciario: conservar los bienes o derechos atribuidos y transmitidos al fideicomisario/s.

La posición del gravado de restitución puede ser más o menos robusta, según el título: puede o no disfrutar del caudal fideicomitado, puede o no ser relevado de fianza o de la obligación de conservarlos, puede, además, atribuírsele la facultad de elección de eventuales fideicomisarios, puede o no tener derecho a la *quarta*.

b) Encargo de elección y/o distribución; en estos casos se le faculta para que determine los beneficiarios ora libremente o, como es mucho más frecuente, entre un círculo de presuntos beneficiarios determinados por la ley o el disponente. Por ejemplo, el encargo de elegir heredero o legatario, de elegir entre herederos o legatarios de quedar a su arbitrio la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, de ordenar la sucesión *in loco testatoris*.

En estos casos el *iter* transmisivo es muy complejo: fallecimiento del causante; apertura sucesión; delación al confidenciario; situación de

pendencia aceptación de la confianza; ejercicio de la facultad conferida; delegación al nombrado; situación de yacencia; aceptación o repudiación herencia o legados:

Desde la apertura de sucesión hasta el ejercicio de la facultad de elección existe una situación jurídica interina que no es propiamente la de comunidad hereditaria; por más que el artículo 113 de la Compilación aragonesa remita a su disciplina para la regulación de la administración o disposición. La pendencia se traduce en la incertidumbre resultante de no estar aún «completo» el título sucesorio, antes bien en vías de integración; entre tanto, los herederos presuntos no tienen derecho alguno, sino tan sólo una mera expectativa doblemente subordinada, primero a que el heredero presunto sea elegido, y segundo que en el momento de deferir la herencia en virtud de acto válido de disposición en ejercicio regular del arbitrio confiado sea el asignatario viviente y capaz para aceptar el *ius delationis*.

La segunda fase consiste en ejercicio de esa facultad *inter vivos* o *mortis causa*, en uno o en varios actos, con carácter revocable o irrevocable (en la Compilación vizcaína, por ejemplo, el artículo 19 siempre con carácter irrevocable) en tiempo y forma hábiles, según la regulación positiva de la institución.

El encargo de elección implica el de distribución. En buena lógica distinta es la encomienda de mera determinación del *quantum* de la atribución entre herederos o legatarios designados nominalmente (expresamente prohibido en Derecho común, como el artículo 670, 2, del Código Civil), del encargo de asignación o de elección de la cualidad de heredero o legatario del causante y en su lugar (por ejemplo, encomiando cónyuge elija cuál ha de ser el sucesor en la explotación familiar). Mientras que en el encargo de pura distribución la condición de heredero o legatario está fijada en el título sucesorio, deferida desde la apertura de la sucesión al morir el causante y excluida del arbitrio del fiduciario (existe derecho de transmisión desde el fallecimiento del causante, momento para apreciar la idoneidad del llamado); en el encargo de pura elección es la cualidad misma la que pende hasta el ejercicio de la potestad atribuida al confidentiario.

c) Encargo de aplicación, gestión o inversión. Aquí se aproxima mucho la figura del fiduciario a la de un gestor de negocios ajenos o un mandatario *post mortis*, debiendo administrar los bienes o derechos confiados a su control:

— En interés de persona cierta y determinada (por ejemplo, heredero administrador en beneficio del fideicomisario).

- En interés de persona susceptible de determinación (por ejemplo, la persona que fuera director de cierta sociedad, el nieto o nieta que primero case, la persona que le cuidare en su última enfermedad, el más joven de los hijos, etc...).
- En interés de un fin lícito y honesto, determinado o determinable y posible (30); en este caso, mientras se satisfaga su propósito le es indiferente al disponente quiénes en definitiva sean los beneficiarios (personas inciertas interesadas) o incluso no habiéndolas. Por ejemplo, las donaciones *pro anima* del Derecho histórico, las disposiciones *in memoriam* (el caso de las fuentes romanas: edificar un monumento a la memoria del causante), las disposiciones de beneficencia, piedad o para fines científicos culturales hechas *in genere* (vid. 747/9/51 del Código Civil).

En este caso el problema principal reside en hallar quién sea el legitimado para reclamar el diligente cumplimiento, responsabilidad y rendición de cuentas. En mi opinión:

- a) el heredero o herederos (en tanto sucesores del causante);
- b) los administradores, albaceas o personas autorizadas por el testador para ello (ejemplo, el art. 903, 3, CC);
- c) los interesados en la revocación (por ejemplo, el 797 CC) o en la decadencia del beneficio (herederos);
- d) con WOLFF, en última instancia el Estado (por ejemplo, el artículo 788, *in fine*, y por razón similar a la que justifica la función de protectorado de fundaciones).

3. LA FIDUCIA SUCESORIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Estudiada la dogmática de la fiducia sucesoria es oportuno señalar las posibilidades que nuestro Derecho positivo ofrece a su desenvolvimiento.

Empecemos por afirmar que su historia es oscura y tortuosa, se nutre de fuentes diversas y de instituciones de distinto contenido y origen vario, de aquí la utilidad de la construcción unitaria; como muy adelantadamente señala la tan citada Sentencia de de 10 de octubre de 1944, la

(30) En el Derecho anglosajón: el requisito de la «*worabilitz*» en el trust. Vid. bibliografía referida en la nota 25.

fiducia nace «a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos». ¿Cuáles son éstas?

Entre las necesidades que está llamada a satisfacer se encuentran las propias de economías agrarias y familiares, como ponen de relieve los foralistas: la conservación de la unidad de la casa y del patrimonio familiar; el robustecimiento de la autoridad familiar y de la dirección de la prole y parentela; la mejora de la posición del cónyuge supérstite; el mayor acierto en la elección de heredero más idóneo para suceder en la explotación familiar; la más equitativa distribución de bienes; el fomento de la solidaridad y lazos familiares; el cumplimiento de deberes morales no exigibles jurídicamente; protección frente a dispendios de hijos pródigos, etc...

LAS DESCONFIANZAS DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código está fundado en principios sociales, políticos y dogmáticos poco favorables al desarrollo sin trabas de esta institución. Se le ha acusado, no sin razón, de los males de la época, el ser excesivamente individualista y liberal; pero aun los críticos más acerbos del Código han de admitir que los recelos del legislador no son del todo injustificados: se temen abusos, fraudes y corruptelas; esta es la razón de los cuatro principios que jalonan el rigor abolicionista de aquél.

1. El testamento como único cauce de delación voluntaria de la herencia; se huye así de las donaciones *mortis causa*, se prohíben las memorias testamentarias, se prescriben los pactos sucesorios, desaparecen las *mortis causa capiones...*».

2. El rigor de la concepción clásica de los testamentos: caracterizado por su solemnidad, unilateralidad, carácter personalísimo, esencial revocabilidad... todos ellos y especialmente el carácter personalísimo poco favorable al libre juego de la fiducia.

3. La aversión a las vinculaciones, y a las cargas contrarias a la libre distribución de bienes; lo que se manifiesta en los conocidos principios de redención de dominios y restricción de prohibiciones de disponer y fideicomisos.

4. El horror al secreto sucesorio y al negocio incierto (por ejemplo, los artículos 750, 785, 670 y disposición transitoria segunda del Código Civil); y en general la escasa simpatía que demuestra el legislador por situaciones jurídicas interinas o dependencia y hacia la yacencia de la herencia.

De todo lo dicho resulta la estrechez del marco sucesorio que el Código Civil representa para el juego institucional de la fiducia; no obstante

lo cual la posibilidad de ésta en Derecho español se debe a una serie de razones.

1. A la expansión de los preceptos del propio Código, con la lógica limitación de no quebrar los principios generales que informan el derecho sucesorio. Así, no parece que nada obste a un fideicomiso expreso puro por el que, por ejemplo, se instituye a Ticio para que dé al caudal relicto el destino determinado en testamento, ni tampoco a la existencia de lo que VÍCTOR LAVANDERA denomina heredero administrador: la razón, en mi opinión, es la generosa recepción de la institución sub modo (en el artículo 767 CC) que, como incluso señalamos, permite vincular al instituido al encargo de aplicar todos los bienes con arreglo a las instrucciones del testador, o a la posibilidad de nombrar tutor bajo la fórmula frutos por alimentos, o administrador designado por el causante, por ejemplo, los artículos 164, 2, y 227 del Código Civil.

Si bien, por otra parte, no puede dejarse al arbitrio de otro la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, ni la elección de éstos, aunque sea entre personas predeterminadas, ni tampoco es posible el fideicomiso tácito o la herencia de confianza (por ejemplo, el artículo 670 en relación con el 785 del Código Civil), sin embargo, el artículo 671 permite encomendar a tercero (de donde se deduce que también a heredero o legatario) la distribución de cantidades que deje en general a clases determinadas, por lo que no debe haber obstáculo al heredero mero distributivo.

2. Excepciones al Derecho común:

a) En el propio Código: así, en la posibilidad de delegación de la facultad de mejorar atribuida al cónyuge que tiene por antecedente la regulación de las «Leyes de Toro» y que en mi opinión tiene la naturaleza de fiducia sucesoria atributiva de titularidad de disposición en estrecho parentesco con la contemplada en el artículo 115 de la Compilación catalana y que entra en colisión aparatosa con el 659 del Código, lo que impide aplicación analógica.

b) En leyes especiales, singularmente la de Explotaciones Familiares Agrarias, que tiene el reconocido mérito de formular en reducido articulado un elevado número de «anomalías» sucesorias, entre ellas la posibilidad de designar sucesor por comisario (art. 23).

3. El Derecho foral: es campo abonado para la fiducia sucesoria; abriéndose en todas las Compilaciones (por otra parte, inspirada en principios distintos y distantes de los del Código) generosas posibilidades a estas instituciones.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad