

IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA EN LA EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA¹

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. SUPUESTO DE HECHO. II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2012. III. LA DELACIÓN EN LA FIDUCIA 1. INTRODUCCIÓN. 2. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS. A. *La ejecución de la fiducia no actúa como condición suspensiva.* B. *La fiducia sucesoria no es una sustitución fideicomisaria...* 3. LA DELACIÓN EN DEFECTO DE EJECUCIÓN. IV. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA INEFICAZ POR INEFICACIA SOBREVENIDA. V. EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA. VI. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN IMPOSIBLE DE LA FIDUCIA, DENTRO DE PLAZO Y EN VIDA DEL FIDUCIARIO. VII. RESOLUCIÓN DEL CASO.

I. SUPUESTO DE HECHO

1. HECHOS Y DATOS RELEVANTES

A y su esposa B, en testamento mancomunado otorgaron en fecha de 15 de marzo de 1993 testamento en cuya cláusula tercera se establecía: «se nombran

¹ Adscrito grupo IDDA (S 29), DGA.

igualmente fiduciarios para que el sobreviviente de ellos, mientras se conserve viudo, pueda disponer libremente de sus propios bienes, de los del premuerto y de los consorciales de ambos, entre sus descendientes comunes, en una o más veces, ya sea por actos inter vivos o mortis causa» Y en su cláusula cuarta: «para el caso de que el sobreviviente de los testadores no hiciere uso de la facultad fiduciaria contenida en la cláusula precedente, instituyen heredero a su hijo C, sustituyéndole en caso de premoriencia sus descendientes».

A (el marido) falleció el día 7 de enero de 2008. Unos meses después, el 25 de octubre de 2008, falleció su hijo C, sin haber dejado descendencia y habiendo instituido heredera a su esposa D. En el momento del fallecimiento de C la fiducia no había sido ejecutada.

B, (esposa de A) es declarada heredera legal por escritura de declaración de herederos abintestato.

D (esposa del hijo) interpone demanda en los siguientes términos, se solicita:

1. Se declare heredero de A (*testador*), de conformidad con la Ley de Sucesiones de Aragón a D (*cónyuge del hijo*);
2. Se declare nula por contravenir el ordenamiento jurídico la escritura de declaración por notoriedad de herederos abintestato, otorgada ante el notario X.

El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, dictó Sentencia desestimando la demanda presentada por D contra B.

En nombre de D se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1º Instancia e Instrucción que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Zaragoza.

En nombre de D se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que declaró no haber lugar al referido recurso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (*Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de mayo de 2012*).

2. PLANTEAMIENTO

El testamento mancomunado otorgado por los cónyuges nombrándose recíprocamente fiduciarios con la instrucción de que se distribuya los bienes entre los descendientes comunes, con una cláusula de previsión en defecto de ejecución instituyendo herederos a los hijos por partes iguales, en este supuesto, al único hijo sustituido legalmente por sus descendientes, es práctica habitual en Aragón.

Con carácter general, en todos los testamentos en los que se designa fiduciario se prevé la falta de ejecución de la fiducia, determinando en tal caso la trayectoria sucesoria de los bienes; pero donde esta cláusula (prácticamente de

estilo) adquiere mayor relevancia es con el cónyuge fiduciario, porque al tener toda la vida para poder ejecutar la fiducia y permitiéndole que lo haga en su testamento, no es extraño que el viudo fallezca sin testar y por tanto sin haber distribuido los bienes del premuerto.

No se prevé en los testamentos (aunque habrá que tenerse en cuenta): que la ejecución se haga imposible viviendo el cónyuge fiduciario, como ocurre en el supuesto de hecho, en el que único descendiente fallece al poco tiempo que el testador; sin poder aplicarse tampoco la cláusula que previene la falta de ejecución.

3. CUESTIONES

Ante la situación descrita se plantean las siguientes cuestiones:

- *¿Por qué la ejecución es imposible si todavía vive la fiduciaria?*
- *¿Persiste la condición de fiduciaria?*
- *¿Habrá que esperar a que la viuda fallezca para que se extinga la fiducia?*
- *¿Cabe la renuncia tácita de la viuda fiduciaria?*
- *¿Es ineficaz la disposición en la que se designa fiduciaria?*
- *¿Cuándo y por qué se produce la delación?*

Cualquiera de estas posibilidades y solo éstas determinarían el momento de la delación y por tanto quiénes son los llamados a la herencia.

El problema se plantea porque la ejecución imposible de fiducia viviendo el cónyuge-fiduciario, no está regulada en la Ley; no aparece como causa de ineficacia de la disposición testamentaria en la que se designa al fiduciario, ni tampoco como causa de extinción de la fiducia .

El supuesto de hecho ha sido objeto de litigio por lo que además de intentar dar respuesta a las cuestiones citadas que ayudan a señalar el momento de delación, se expondrá la postura de la parte demandante y el Fallo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

4. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA EJECUCIÓN

Los cónyuges se designaron recíprocamente fiduciarios con instrucciones precisas: la distribución de los bienes privativos y consorciales entre los descendientes comunes.

Por tanto, si no hay descendientes comunes, no es posible la ejecución de la fiducia; porque ¿cabría que el fiduciario al no haber descendientes comunes

distribuya la herencia de su marido premuerto entre las personas que comprenda? entiendo que no, el fiduciario se debe a las instrucciones del comitente.

Sería diferente que no hubiera un encargo determinado y aunque salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, la viuda haya de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos (artículo 457 CFDA); si no existen aquéllos, la fiduciaria deberá cumplir su encargo entre los sujetos que crea conveniente. Esto es, la ejecución sería posible y la viuda tendría toda su vida para ejecutarla permitiendo que lo haga en su propio testamento.

5. ¿RENUNCIA TÁCITA DEL FIDUCIARIO?

El cargo de fiduciario es voluntario, y puede renunciarse, sin necesidad de alegar ninguna excusa.

Al fallecimiento del causante, el fiduciario accede al cargo. El CDFa nada regula sobre la aceptación del encargo, en consecuencia, no está sometida a forma, salvo si el fiduciario es requerido, que si acepta ha de hacerlo en documento público; lo que permite concluir que la adquisición de la condición de fiduciario puede ser expresa o tácita. De hecho, en la práctica, el fiduciario se limita a ejecutar la fiducia y en ocasiones verifica la aceptación en aquel momento.

¿Y la renuncia, puede ser tácita?

Aunque la cuestión suscitada ha podido plantearse con frecuencia en la práctica, curiosamente no se hizo referencia de forma expresa en la Compilación y la única que hace el CDFa (artículo 462) a la renuncia es señalándola como causa de extinción de la condición de fiduciario, regulando además, la posibilidad de requerir notarial o judicialmente al fiduciario por cualquier persona con interés legítimo, considerando que el designado renuncia a su condición de fiduciario si no la aceptare pura y simplemente en igual forma en los sesenta días siguientes a la notificación.

¿Pero puede serlo?

Puede serlo, como señala el artículo 462 CDFa ya citado, si el designado fiduciario requerido no acepta formalmente en sesenta días desde el requerimiento.

¿Y en los demás casos?

Vigente la Compilación se planteó la cuestión en tema de fiducia colectiva cuando nombrados varios fiduciarios solo uno concurriera a la ejecución de la

fiducia, Zubiri de Salinas por ejemplo, la admite como forma de tácita renuncia la actuación contraria a su concurso de estos fiduciarios, a efectos de la formación de la voluntad conjunta, lo que podría suceder de hecho, o simplemente no acudir a las reuniones concertadas para dar cumplimiento al encargo recibido, siempre que constase acreditadamente haber sido llamado para ello. Y este fue en definitiva el criterio que sustentó el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 19 de Noviembre de 1997 que lleva a sostener que la inasistencia de los fiduciarios implica la inexistencia de los mismos como tales. Y aun admitiendo con ello la existencia de una renuncia tácita, afirma la necesidad de requerimientos más precisos.

Entiendo que para dar solución legal a aquel supuesto o similares el CDFa regula en el artículo 462.d, la renuncia tácita del fiduciario que no atiende al requerimiento, y en el artículo 463.2, la posibilidad de cumplir el encargo por los restantes fiduciarios, cuando siendo varios los designados, se produjera la pérdida de tal condición por alguno de ellos.

De cualquier forma, llama la atención que una norma sucesoria admita la renuncia tácita, cuando ésta parece que al menos debería ser expresa; recordemos, que la forma de la repudiación de la herencia ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente (artículo 351 CFDA); que la interpelación que se hace al llamado a la herencia, si en un plazo de sesenta días no manifiesta su voluntad de aceptar o repudiar, se tendrá la herencia por aceptada (artículo 348 CDFa), esto es, se admite la aceptación tácita en consonancia con el artículo 350 CDFa, y nada dice sobre la renuncia en este sentido; y que el albacea, cargo mucho menos relevante que el de fiduciario, en cuanto no ordena la sucesión del causante sino que vigila su ejecución, al ser también de naturaleza voluntaria puede renunciar pero expresamente dentro de los seis días desde que tiene conocimiento (artículo 898 Código civil de aplicación supletoria al CDFa).

Así las cosas, ¿podría entenderse que la viuda-fiduciaria renuncia tácitamente a su condición cuando tramita la declaración de herederos legales?

Teniendo en cuenta la norma citada, –aunque entiendo que el legislador al promulgarla tenía en mente la fiducia colectiva y no la individual– admitir que la viuda ha renunciado tácitamente a su condición de fiduciario al solicitar la declaración de herederos legales, no sería un contrasentido, al ser imposible cumplir con el encargo que le hizo su marido, con la seguridad de que la nuera no le va a requerir para que manifieste su voluntad, concedora que es la de renunciar, y que ésta determinaría la extinción de la fiducia y la delación a favor de su suegra.

Si bien, a pesar del precepto citado y de las circunstancias del caso, no encuentro adecuada la renuncia tácita dada la importancia del encargo fiduciario, incluso sería discutible en el supuesto de hecho, la forma expresa, sabiendo

que si la fiduciaria renuncia lo hace para poder ser la sucesora (no cabe que siendo fiduciaria se designe a ella misma como heredera); podría alegarse abuso de derecho o mala fe por parte de aquélla.

En caso de admitirse la renuncia tácita ésta es causa de extinción de la fiducia (artículo 462.d CDFA), lo que determinará la delación en el momento en que se entienda hecha aquélla, esto es, cuando la viuda-fiduciaria tramite la declaración de herederos legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 30 DE MAYO DE 2012

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. *LA PARTE RECURRENTE* invoca infracción de los artículos 28 y 133 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte (Lsuc), actualmente 343 y 448 CDFA y del artículo 1.006 del Código civil.

Entiende que la aplicación del artículo 133 Lsuc (448 CDFA, «*a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción*») es errónea en tesis del recurrente, quien aduce que el precepto es para el supuesto de extinción y de ejecución de fiducia y en este caso no se da ni el uno ni el otro.

Se arguye que al fallecer el único descendiente común, la fiducia no existió y quedó ineficaz al ser imposible su cumplimiento; también alude a la ineficacia del testamento, afirmando que su contenido solo era perfectamente eficaz y válido en tanto en cuanto sobreviviera el único hijo común.

Argumentan que debe retrotraerse la herencia al momento del fallecimiento de *A*, ya que el testamento devino ineficaz al no poderse cumplir la fiducia por fallecimiento del único descendiente, y hasta el óbito de éste, la fiduciaria no había ejercitado el encargo del testamento. Y al sobrevivirle su hijo *C*, y fallecer sin aceptar ni repudiar su herencia, por derecho de transmisión la herencia de su padre *A* tendría que suceder la heredera del hijo, su esposa *D*.

2. *EL FALLO DEL TSJA* desestima el recurso de casación en base fundamentalmente a los siguientes argumentos:

El nombramiento de fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia.

Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquélla no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevenida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz.

No se da la ejecución ni la extinción de la fiducia, no hay delación a favor del hijo del causante y puesto que ningún derecho hereditario llegó a adquirir, nada pudo transmitir a su esposa y heredera.

III. LA DELACIÓN EN LA FIDUCIA

1. INTRODUCCIÓN

Vocación es el llamamiento potencial de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante, por voluntad de éste o, en todo caso por la Ley, pero para que una persona sea heredero, y pueda aceptar o repudiar la herencia, es necesario la delación o llamamiento efectivo.

La regla general es que la sucesión se defiera en el momento del fallecimiento del causante, esto es que la vocación o llamamiento potencial y la delación o llamamiento efectivo coincidan en el tiempo (artículo 321, 1 CDF). Si bien, no siempre es así, por ejemplo en la sucesión bajo condición suspensiva, la delación tendrá lugar al tiempo de cumplirse la condición y en los supuestos de sucesión contractual y en la fiducia, el momento de la delación se rige por sus respectivas normas (artículo 321, 2 y 4 CDF).

Así las cosas, *en la fiducia sucesoria y a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida sino hasta el momento de su ejecución o de su extinción* (artículo 448 CDF).

Advierte Lacruz, que el nombramiento del fiduciario es un negocio que necesita de un elemento integrativo para la producción de sus efectos propios, para señalar la trayectoria sucesoria de los bienes, esto explica, como señala Parra Lucán, que no haya delación de la herencia, con la posibilidad inmediata de aceptar o repudiar la herencia, hasta que el fiduciario ejecute la fiducia.

Se introduce una salvedad a la regla general de que la sucesión se defiere en el momento del fallecimiento del causante. Pero esta peculiaridad parece según reza el artículo 448 CDF que solo se cumpla en el supuesto de ejecución de fiducia o de su extinción en el que la delación se produce en aquellos momentos.

2. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS

A. *La ejecución de la fiducia no actúa como condición suspensiva*

La fiducia sucesoria no es una institución bajo condición suspensiva, en el que la delación tiene lugar al tiempo de cumplirse la condición (artículo 321.2 CDEFA), momento en el que el designado heredero o legatario tiene la posibilidad de aceptar o repudiar, de manera que si fallece antes de cumplirse la condición, la disposición deviene ineficaz.

Es decir, la eficacia de la designación de fiduciario no depende de la ejecución de la fiducia, ya que ésta no actúa como condición sino como elemento integrador de la voluntad del testador. Así, *no puede decirse que si el único posible beneficiario falleciera antes de ejecutarse la fiducia, la disposición testamentaria devendría ineficaz, llamando a los sucesores legales que lo sean en el momento del fallecimiento.*

B. *La fiducia sucesoria no es una sustitución fideicomisaria*

La fiducia sucesoria no es una institución en la que se llama en primer lugar al fiduciario y pasado un tiempo, por la ejecución o extinción de aquélla, sucede el beneficiario. El causante confía en el designado, para que le ordene la sucesión pero no lo nombra heredero o legatario, como sucede en la sustitución fideicomisaria (artículos 781 y ss. del Código civil, vigente en Aragón como Derecho supletorio), en la que efectivamente el causante llama a la sucesión al heredero (o legatario) fiduciario, con la obligación de que transcurrido un tiempo, o cumplida una condición, transmita lo heredado (o legado) o lo que resta (según instrucciones del testador) al heredero fideicomisario.

Además el designado fiduciario sucesorio, no tiene derecho a usar y gozar los bienes de la herencia, salvo que sea cónyuge viudo usufructuario y por el hecho de serlo; mientras que el título de heredero fiduciario, sí le otorga esa facultad, además de las que entienda el testador, como las de disponer inter-vivos en caso de necesidad o lo que crea conveniente (sustitución fideicomisaria de residuo).

La delación del heredero fideicomisario (no condicional) en la sustitución fideicomisaria se produce desde el fallecimiento del causante, teniendo desde entonces la posibilidad de aceptar o renunciar a la herencia, de manera que si fallece antes que el heredero fiduciario, como ha adquirido el derecho a heredar, lo transmite a sus herederos. *Al no ser la fiducia sucesoria aragonesa una sustitución fideicomisaria, no es aplicable su régimen en general, y por supuesto lo dicho en materia de delación.*

3. LA DELACIÓN EN DEFECTO DE EJECUCIÓN

Y si el fiduciario no ejecuta el encargo, ¿cuándo se produce la delación?, distinguimos dos supuestos:

A. La ejecución de la fiducia era posible

No se ha ejecutado la fiducia siendo posible, por ejemplo, porque ha transcurrido el plazo señalado para la ejecución de la misma (a falta de señalamiento expreso, su plazo es de tres años pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho por vida), o el cónyuge fiduciario ha fallecido sin disponer... o se da cualquiera de las causas por las que se pierde la condición de fiduciario (artículo 462 CDFA).

En estos supuestos al perderse la condición de fiduciario, si el llamamiento es individual también se extinguirá la fiducia (artículo 463, 1 CDFA). Así las cosas, la delación se entenderá producida en el momento de la extinción de aquélla según señala el artículo 448 CDFA ya citado.

Si, como ocurre habitualmente, se ha previsto en el testamento la trayectoria sucesoria de los bienes en defecto de ejecución de la fiducia, se aplicará ésta según las instrucciones del testador.

B. El fiduciario no ejecuta la fiducia por imposibilidad sobrevenida

Solo caben dos posibilidades:

- a) *Que la disposición testamentaria en la que se nombra al fiduciario, sea ineficaz, por ineficacia sobrevenida*, en cuyo caso, la delación, siguiendo el régimen general sucesorio, se produciría en el momento del fallecimiento del testador a favor de quienes sean entonces sus herederos legales, según lo establecido en el artículo 323 CDFA: «*cuando resulte ineficaz un llamamiento voluntario, no haya sustituto del mismo carácter o legal ni tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del llamado a heredar pasará a los herederos legales del causante...*».

En el supuesto de hecho, si la disposición testamentaria en la que se nombra fiduciaria a la mujer del testador fuera ineficaz, por ineficacia sobrevenida, la delación se producirá en el momento del fallecimiento del testador a favor de quienes entonces sean sus herederos legales, esto es a favor de su único hijo... y como éste sobrevivió al testador pero falleció sin aceptar o repudiar la herencia, por derecho de transmisión el «*ius delationis*» le correspondería a su mujer como heredera (artículo 354 CDFA).

- b) *Que ante la imposibilidad de ejecución, la fiducia se extinga*, en cuyo caso la delación se producirá en el momento de su extinción (artículo 448 CDFA), esto es cuando se hace imposible la ejecución.

En el supuesto de hecho la fiducia se extinguiría cuando se hizo imposible su ejecución, es decir, cuando falleció el hijo y único descendiente del

testador; en ese momento, según lo dicho se abriría la delación de quienes sean entonces sus sucesores legales.

Pasamos al estudio de las dos posibilidades.

IV. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA INEFICAZ POR INEFICACIA SOBREVENIDA

Una disposición testamentaria válida en su origen puede devenir ineficaz. Con carácter general, además de la revocación, son supuestos de ineficacia sobrevenida entre otros los recogidos en el artículo 437 CDFA.

Los supuestos de ineficacia testamentaria del artículo 437 CDFA son casos de instituciones de heredero o legatario que no pueden llegar a suceder, porque el instituido o nombrado fallece antes que el testador, o se torna incapaz de adquirir la herencia o legado sin darse la sustitución legal, o repudia la herencia o legado, o si la institución o el nombramiento estuvieran sujetos a condición suspensiva, el sucesor falleciere antes de que la condición se cumpla.

Son llamamientos a título de heredero o legatarios que devienen ineficaces por premoriencia, incapacidad, renuncia o por incumplimiento de la condición a la que estuviera sujeta, a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer.

¿Son aplicables los supuestos anteriores a la cláusula de nombramiento de fiduciario? analicemos cada uno de los que hace referencia el artículo 437 sustituyendo la palabra heredero por fiduciario.

- a) *Si el fiduciario fallece antes que el testador, sin haberse nombrado sustituto.* La premoriencia del fiduciario es un supuesto de ineficacia testamentaria.
- b) *Si el nombramiento de fiduciario estuviera sujeto a condición suspensiva y el fiduciario falleciere antes de que la condición se cumpla.* La proposición es errónea ya que la fiducia no tiene carácter condicional, esto es, la ejecución de la misma no actúa como condición suspensiva.
- c) *Si el nombrado fiduciario se torna incapaz de adquirir la herencia o legado, salvo que haya sustitución.* Llama la atención que este supuesto en la fiducia no es de ineficacia sino de extinción (artículos 462.f y 463 CDFA).
- d) *Si el nombrado fiduciario renuncia.* Al igual que en la letra c, en la fiducia no es supuesto de ineficacia sino de extinción (artículos 462.d y 463 CDFA).

Así las cosas, salvo en el caso de premoriencia del fiduciario, en todos los demás no cabe predicar la ineficacia de la disposición.

En tema de fiducia, una vez fallecido el testador son supuestos específicos de ineficacia:

- a) La minoría de edad o la incapacidad de obrar del fiduciario en el momento del fallecimiento del causante (artículo 440 CDFA a sensu contrario).
- b) Salvo disposición del testador, el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a este fin (artículo 440.2 CDFA).

En consecuencia, los supuestos de ineficacia sobrevenida referidos, son los que en el momento del fallecimiento del comitente, el fiduciario no puede serlo por haber fallecido antes, por no tener capacidad para actuar como tal o por haber fallado en su confianza. Las tres causas están relacionadas con la persona del fiduciario y son anteriores o coetáneas al fallecimiento del testador.

Es supuesto específico de nulidad o invalidez que la designación del fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, no consten en testamento o escritura pública, al ser la forma elemento esencial en el nombramiento de aquél (artículo 442 CDFA).

V. EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA

La Ley distingue la pérdida de la condición de fiduciario, como cualidad personal, de la extinción de la fiducia como institución. En la fiducia individual la pérdida de la condición del fiduciario producirá la extinción de la misma, salvo que proceda el llamamiento de otro fiduciario en los casos de fiducia sucesiva (artículo 463 CDFA). Y recordemos que la delación de la herencia se entiende producida en el momento de la ejecución de la fiducia o su extinción (artículo 448.1 CDFA).

Son causas de pérdida de condición de fiduciario y por tanto extinción de la misma, si la fiducia es individual, las recogidas en el artículo 462 CDFA. Se producen todas ellas con posterioridad al fallecimiento del testador.

Podrían clasificarse:

- 1) En primer lugar las causas establecidas por el testador, su voluntad es prioritaria.
- 2) Cuando el fiduciario no quiere serlo (renuncia) o no puede (fallecimiento, declarado ausente o fallecido).

- 3) Supuestos en los que hay una pérdida de confianza, base de la institución, así: el cónyuge viudo fiduciario que contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho; el fiduciario que incurra, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder.
- 4) Casos de naturaleza patrimonial en los que no es posible, la administración de los bienes objeto de la fiducia (el fiduciario es privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente), ni su ejecución (por haber expirado el plazo).

VI. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN IMPOSIBLE DE LA FIDUCIA, DENTRO DE PLAZO Y EN VIDA DEL FIDUCIARIO

La regulación del CDFa en materia de fiducia sucesoria aborda con precisión las diferentes cuestiones que pueden plantearse sobre esta institución de notorio arraigo y frecuencia en la sucesión del aragonés: forma, capacidad, delación, extinción... En particular, atiende con detalle algunos problemas que la práctica venía señalando, esto es, la administración y disposición de los bienes durante el tiempo en que la herencia está pendiente de asignación.

La Ley, para el cumplimiento del encargo al fiduciario o ejecución fiduciaria ha establecido:

1. Plazos de caducidad, salvo instrucciones distintas del comitente, es de tres años para el fiduciario, entendiéndose hecho de por vida cuando el único fiduciario sea el cónyuge del causante, permitiendo poderlo ejecutar en su propio testamento.
2. Forma y modo de actuar.
3. Su eficacia: a) Distinguiendo la ejecución de la fiducia en actos *inter vivos* y *mortis causa*; b) Señalando la posibilidad de reiteración del llamamiento cuando resulta ineficaz la atribución porque los beneficiarios llamados no quieran o no puedan aceptarla, o porque sea declarada nula; c) Determinando como causas de extinción de la condición de fiduciario, la expiración del plazo establecido para su ejecución y la privación de la plena administración de los bienes del fiduciario o su incapacitación judicial.

Si bien, *no se contempla en la Ley el supuesto de que la ejecución de la fiducia individual se haga imposible*—no por expiración del plazo establecido para su ejecución, ni por fallecimiento o incapacitación del fiduciario, supuestos que el CDFa si ha dado respuesta (extinción de la condición de fiduciario y extinción de la fiducia

en base a los artículos 462 y 463 CDFA), ni tampoco porque los llamados no pueden o no quieren aceptar la atribución o es declarada nula, porque es posible un nuevo llamamiento (artículo 458 CDFA)– sino por la imposibilidad sobrevinida de la realización del encargo hecho por el comitente.

Si el comitente nombra al fiduciario en testamento, habrá que dilucidar la cuestión atendiendo a las características de la fiducia sin olvidar las del instrumento del otorgamiento.

Así, aunque la designación sea válida, si el testamento o la disposición en la que se contiene adolece de nulidad, anulabilidad o es revocado/a también lo será aquélla.

Cabe que el testamento sea válido, no revocado, pero que algunas de sus disposiciones devengan ineficaces; para su estudio habrá que estar al régimen específico de la institución contenida en la disposición y subsidiariamente el de la sucesión testamentaria.

Por ejemplo, el nombramiento de fiduciario, puede ser revocado en todo caso, con independencia de la forma en que se haya efectuado. Es cierto que toda disposición testamentaria, salvo el reconocimiento del hijo, es revocable, pero aunque no lo fuera, el nombramiento del fiduciario lo sería porque así lo establece el artículo 443 CDFA, la norma especial prevalece sobre la general. El fundamento se encuentra en las características del nombramiento del fiduciario, es un negocio jurídico unilateral, con independencia de que en el instrumento intervengan otras personas y de la forma que se haya efectuado.

Una vez hecho el nombramiento de fiduciario, para que adquiera eficacia frente a terceros hay que esperar el fallecimiento del comitente. Producido el fallecimiento, si el nombramiento del fiduciario sigue siendo eficaz, queda constituida la fiducia sucesoria y el fiduciario puede acceder al cargo.

Por tanto, en base al régimen de la fiducia *¿Cuándo la disposición testamentaria en la que se designa al fiduciario es ineficaz?*, única y exclusivamente cuando el nombramiento lo es, y *¿cuando lo es?*, lógicamente por premoriencia, por minoría de edad o incapacidad de obrar o por separación, nulidad, divorcio del fiduciario o por estar incurso en los correspondientes procedimientos, en el momento del fallecimiento del causante (artículo 440.1, 2 CDFA), o cuando es nula al no reunir las formalidades exigidas por la Ley (artículo 442 CDFA)

Así las cosas, si la designación del fiduciario es eficaz lo será también la disposición testamentaria en la que se nombra, y estará plenamente constituida la fianza. ¿Qué efectos tendrán las vicisitudes posteriores?, se estará al régimen de la fiducia. *¿Y si al fiduciario le resulta imposible ejecutar la fiducia?*, es una posibilidad que no ha tenido en cuenta la Ley, pero que tiene respuesta atendiendo a la naturaleza de la institución y a su regulación en el CDFA.

La imposibilidad sobrevenida de la ejecución no afecta a la eficacia de la disposición testamentaria en la que se designa al fiduciario porque el nombramiento del mismo es eficaz. Lo es, porque el fiduciario no ha premuerto al causante, porque en el momento del fallecimiento del comitente no es menor de edad o incapaz de obrar, o si es cónyuge de aquél no está declarada judicialmente la nulidad de su matrimonio, divorcio o separación o se encontrara incurso en los procedimientos dirigidos a este fin. Tampoco afecta a la validez de la disposición testamentaria al no tratarse de ninguna de las causas de nulidad, y anulabilidad que recoge con carácter general los artículos 423 y 424 del CDEFA y en especial, en relación a la constitución de la fiducia, el artículo 442 del CDEFA.

Señalamos que las causas de pérdida de la condición de fiduciario y correlativa extinción de la fiducia, independientemente de las determinadas por el testador, son posteriores al fallecimiento, unas de carácter personal, y otras de connotación patrimonial y salvo aquellas que suponen un fallo de confianza en el fiduciario, las demás tienen relación con la administración de los bienes de la fiducia y la imposibilidad de la ejecución por muerte o expiración del plazo...

Por lo que la imposibilidad sobrevenida de la ejecución, que no es causa de ineficacia de la disposición en la que se designa al fiduciario, que es posterior al fallecimiento del comitente, será causa de extinción de la fiducia, no solo por exclusión sino porque se encuentra dentro del espíritu de los artículos 462 y 463 CDEFA, aunque en ellos no se recoja expresamente, ya que si se pierde la condición de fiduciario por transcurso del plazo establecido para la ejecución, con mas motivo si ésta deviene imposible.

VII. RESOLUCIÓN DEL CASO

Recordamos que el causante y su mujer habían otorgado testamento nombrándose recíprocamente fiduciarios, con el encargo de ordenar la sucesión del premoriente en actos ínter vivos o mortis causa entre los descendientes comunes, previendo que para el caso de fallecimiento del sobreviviente sin haber ejecutado la fiducia se instituya heredero al hijo de ambos y si éste premuere a sus descendientes. El testador falleció, a los tres meses muere el hijo sin descendientes y sin que la viuda haya ejecutado la fiducia. En base a ello, la mujer y heredera del hijo reclama la herencia de su suegro.

Una vez fallecido el hijo, la ejecución de la fiducia se hace imposible y la cláusula que prevé su falta deviene ineficaz, esto plantea el momento de la delación. Si la disposición en la que se designa al fiduciario carece de eficacia el lla-

mamiento sucesorio efectivo se dará en el momento del fallecimiento del causante a favor del hijo del causante (artículo 323 CDF), pero si la disposición es eficaz, la delación se dará en el momento de la ejecución o en el de extinción de la fiducia (448 CDF).

La designación del fiduciario es válida por no darse ninguna de las circunstancias que le harían ineficaz (artículo 437.1; 440.1 y 2 CDF), ni nula o anulable (artículos 423, 424, 442 CDF), por lo que descartamos la delación al fallecimiento del testador y en consecuencia todo derecho de sucesión a favor del hijo, teniendo en cuenta que lo que sí devino ineficaz es la cláusula que se previó en defecto de ejecución (se instituye heredero al único hijo y en caso de premoriencia sustituido por sus descendientes), ya que el hijo falleció sin descendientes.

Pero no se ejecutó la fiducia ni hay posibilidad de ejecutarla por lo que, en consecuencia, dado el régimen de la fiducia la delación solo se dará por extinción de la misma.

La imposibilidad de ejecución de la fiducia no aparece como causa de extinción de la fiducia pero puede considerarse como tal analizando las recogidas en el artículo 462 CDF, en especial la del apartado b que señala la pérdida de condición de fiduciario cuando no cabe la ejecución por haber expirado el plazo para la misma, por lo que en mayor medida la perderá si la ejecución se hace imposible, además es un contrasentido que la viuda siga siendo fiduciaria hasta su fallecimiento si no puede ejecutar su encargo.

En consecuencia, la delación de la herencia del causante se dará en el momento en el que la ejecución se hace imposible, esto es, cuando falleció el hijo del testador sin descendientes. Se abrirá la sucesión legal de quienes lo sean del testador en ese momento según los artículos 516 y ss del CDF.

Al morir el causante sin descendientes habrá de tenerse en cuenta si entre los bienes de la herencia hay bienes recobrables que corresponderán al hermano o hijo de hermano que los hubiera donado (artículo 524 CDF), si los hay troncales, sucederán los parientes de la línea donde proceden los bienes señalados por la Ley (artículo 526 CDF), y en relación a los troncales le corresponderá al cónyuge del testador, es decir a la viuda, por no tener aquél ascendientes. De no haber bienes recobrables, troncales o parientes con derecho a ellos, la totalidad de la herencia pasará a la viuda.

Si admitiéramos la tramitación de la declaración de herederos legales por parte de la viuda como renuncia tácita a su condición de fiduciaria, al ser causa de extinción de la fiducia, el momento de la delación se dará cuando se entienda hecha la renuncia, esto es cuando la viuda solicite aquélla. La solución será muy similar a la establecida en párrafos anteriores si los momentos de delación no difieren excesivamente en el tiempo.

¿CÓMO RESOLVIÓ EL TSJA EL SUPUESTO DE HECHO?

La esposa y heredera del hijo fallecido pretende por derecho de transmisión que se le declare heredera de su suegro-causante y nula la escritura de declaración de herederos legales a favor de su suegra. Por imposibilidad sobrevenida en la ejecución de la fiducia se alega la ineficacia del testamento y la de la cláusula testamentaria en la que se designa al fiduciario, lo que conllevaría a la retroacción de la delación al momento del fallecimiento del causante a favor del hijo.

La *Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de mayo de 2012* desestima el recurso de casación interpuesto por la esposa y heredera del hijo fallecido del testador, razonando que el hecho de que no pueda ejecutarse la fiducia no afecta a la validez del llamamiento fiduciario, y en consecuencia no se retrotrae la delación al fallecimiento del testador, ni hay delación, por tanto, a favor del hijo del causante, y dado que ningún derecho hereditario llegó a adquirir, nada pudo transmitir a su esposa y heredera.

Así las cosas, y según lo dicho en el texto, no comparto la argumentación jurídica del recurrente, porque la disposición testamentaria en la que se designa a la fiduciaria es válida y no deviene ineficaz por la imposibilidad sobrevenida de la ejecución, por el contrario, sí pierde su eficacia la disposición testamentaria previsoría por la que la delación se daría a favor del hijo o en caso de premorienza a favor de sus descendientes y precisamente por esta ineficacia sobrevenida el hijo no adquiere, y en consecuencia no puede transmitir, ningún derecho sucesorio en relación a la herencia de su padre.

Sin embargo, entiendo que –salvo la cita del derecho de transmisión del artículo 1006 del Código civil que no es de aplicación subsidiaria al CDFa por regularlo este cuerpo legal en el artículo 354– el resto de la fundamentación, aprovechando que la imposibilidad sobrevenida de la ejecución viviendo el cónyuge fiduciario no está contemplada en el CDFa, es coherente con el interés pretendido, porque solo siendo ineficaz aquella disposición, el llamamiento sería favorable a la recurrente.

Estoy de acuerdo con el Fallo del TSJA que desestima el recurso de casación, señalando la validez del llamamiento de la fiduciaria aunque posteriormente la ejecución se haga imposible, en base a la naturaleza y significado de la institución.

Si bien, considero la necesidad de precisar el momento de delación de la herencia del causante y el por qué de la elección, relevante para señalar la trayectoria sucesoria de los bienes.

Puede entenderse que no hay laguna legal en relación al tema que nos ocupa y que la viuda al tramitar la declaración de herederos legales renuncia tácitamente a la condición de fiduciaria, con lo que en aplicación del artículo 462, d, al ser

causa de extinción de la fiducia, el momento de la delación será cuando se entienda hecha la renuncia.

Pero como he defendido a lo largo del texto creo que el legislador no ha previsto el supuesto de hecho objeto de estudio, y que la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la fiducia en base a los argumentos esgrimidos, puede calificarse como causa de extinción, siendo el momento de la delación cuando falleció el único hijo sin descendientes.

BIBLIOGRAFÍA

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997.

— «La fiducia sucesoria aragonesa», *Tratado de Sucesiones, Tomo I*, Capítulo 21, Directora M^a del Carmen GETE ALONSO Y CALERA, Madrid, 2011.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «De la fiducia sucesoria», en *Ley de Sucesiones Comentarios breves por los miembros de la comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, S. A., Zaragoza, 1999.

— *Algunas cuestiones sobre la sucesión aragonesa por causa de muerte*, Ponencia dada en la Universidad de verano de Teruel, 10 de septiembre de 2004.

LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «De la fiducia sucesoria», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIV, vol. 1, Madrid, 2002, pp. 859-1.029.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, 2005.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «La fiducia sucesoria», *Manual de Derecho civil aragonés*, 2^a Edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 581-605.

PASTOR EIXARCH, Luis, «La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés, IX Encuentros*, Zaragoza, 1999.