

11. GAIA: “Jaraunspen-ordezpenak”

I.-ARAUDIA

Kode zibila

Nafarroako Foru Berria

II.-KONTZEPTUA

Legegileak ordezpenen bidez aukera ematen dio testatzaileari deitutako jaraunse edo legatu-hartzailearen ordez beste deialdi bat egiteko, lehenengo deituak ezin badu edo ez badu nahi jaraunspena edo legatua onartu haren ordez jartzeko; edo eta lehenengo deituak jaraunspena edo legatua onartuta, epe edo baldintza bati lotutako oinordeko aldaketa burutzearren, alegia. Ideia honi jarraiki, beraz, bi motatako ordezpenak daudela esan dezakegu:

1.-Ordezpen zuzenak edo lehenengo mailakoak: Kasu honetan, testatzaileak, lehenengo deituak onartu ezin edo nahi ez badu, beste deialdi bat burutzen du beste pertsona baten alde, lehenengo deitu horren postua betetzeko, hain zuzen. Badaezpadako deialdia da, batek ezin edo nahi ez badu, bestea bere ordez jartzeko jaraunspenari edo legatuari begira.

2.-Ordezpen ez-zuzenak edo bigarren mailakoak: Beste hipotesi honetan, ordea, testatzaileak bi deialdi edo gehiago luzatzen ditu, jarraian; hau da, epe jakin bat heltzean edo ezarritako baldintza betetzean lehenengo deituak bigarrenari jaraunspena edo legatua igarotzeko, alegia. Denak izango dira oinordeko baina ez aldi berean. Ez da, beraz, badaezpadako deialdia.

AGE 1983/4/25 (RAJ 2122): “No puede decirse que exista una sustitución vulgar porque ésta, según el art. 744, requiere la facultad de sustituir al heredero instituido para el caso de premoriencia o cuando no quiera o no puede aceptar la herencia, mientras que en el caso que se examina existe una institución de heredero universal con unos sustitutos, no “en lugar de”, sino “después de”, encajable con sus propias características, en el mecanismo de la sustitución fideicomisaria”.

Kode zibilak ez du, hala ere, mailaketa hau bere araudian jarraitzen. Lau ordezen mota arautzen ditu, baina ezberdintasunik egin gabe zuzenen eta ez-zuzenen artean: ARRUNTA, PUPILARRA, EXENPLARRA eta FIDEIKOMISARIOA. Kodea Jaraunslerei buruz bakarrik mintzatzen bada ere, legatudunei ere aplikagarri zaie ordezenen inguruko araudia, esan bezala: *todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios* (kzeko 789. art.). Azter ditzagun, orduan, banaka banaka, lau ordezen motak.

III.-ORDEZPEN ARRUNTA

Kode Zibileko 774.1. artikulua deskribatzen du ordezen arrunta: *puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia*. Norbait izendatu eta pertsona hori aurrez hiltzen bada (kausatzailea baino lehen, esan nahi da), onartzen ez badu edo ezgaia baldin bada, beste ordezeko bat izendatzen du testamentugileak kasu horietarako. Izaeraz, baldintzapeko deialdia egiten zaio ordezekoari, ez baita lehenengo deituaren tokian jarriko honek, gaia izanik, jaraunspena edo legatua onartzen badu. Hala, jaraunspena ez da *abintestato* izango eta ez da legeko xedapenen menpe geratuko. Hori izaten da, gehienetan, ordezenen helburua: *abintestato* oinordetza ekiditzea.

Kontuan izan, hala ere, legearen aginduz jaraunslerek eskuratu dezaketela delazio-eskubidea deitua eskubide hori egikaritu gabe hiltzen bada (*ius transmissionis*, kzeko 1006. art.). Ordezenen aurrean, beraz, trasmisio eskubideak izango du lehentasuna, kausatzaileak kontrakorik xedatzen ez badu.

Kodeko 774. artikulua hiru hipotesi jasotzen baditu ere (**aurrez hiltzea**, **zapuztea** eta **ezgaitasuna**), zerrenda, izaeraz, ez da itxia, adibide modukoa baizik. Badaude beste suposamendu batzuk, non deiak eraginik ez baitu eta ordezena egon baitaiteke, esate baterako, **desjaraunstea** edo **existentziarik eza**. Eremua finkatzeko, besterik adierazi ezean, zera dio Kodeko 774.2. artikulua: *la sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario*. Hau da, gainerako kasuak esanbidez adierazi behar dira. Kasu jakinetarako ezartzen bada, orduan, kasu horietan bakarrik gertatuko da ordezena eta ez besteetan. Testatzailearen esku dago, beraz, zehaztaper hori.

Ordezena aurreikusteko moduari buruz, Kodeko 778. artikulua zera dio: *pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos*:

(1) **Jaraunsle bat eta zenbait ordezeko izendatzea**: ordezekoen artean, **denak batera** deitu daitezke [Jonen ordezeko, Mikel eta Eneko, aldi berean] eta, hain zuzen ere, horixe uste izango da besterik esaten ez bada: batera deituak izan direla eta, gainera, zati berdinetan, kontrakorik xedatzen ez badu testatzaileak (Kzeko 765. art.); edo, **gradualki**, bata bestearen atzetik [Jonen ordezeko, Mikel, eta gero Eneko].

(2) **Zenbait jaraunsleentzat, ordezeko bat izendatzen da**: jaraunsle batek huts egitea nahikoa da ordezekoa haren ordezkari jartzeko. Jaraunsleen artean batek huts egiten badu, lehenik argitu beharko da, hala ere, testamentugileak ezarritako xedapenaren arabera jaraunsleen artean gehiagotze eskubiderik egon daitekeen edo ez; esate baterako, ezartzen bada “deitutako azkenekoak huts eginez gero, ordezekoa beste hau izango da”, hor, gehiagotzeko eskubidea dago lehenik eta, gero, ordezekoa. Argitzerik ez balego, ordezkari arruntak lehentasuna du gehiagotzeko eskubidearen aurretik, nahiz eta zenbait autorek kontrakoa planteatu (Kzeko 912.3. art.).

(3) **Jaraunsleen arteko ordezkari arrunta**: jaraunsle bat baino gehiago izendatzen bada, ezar daitezke batek huts egiten badu beste jaraunsle bat edo batzuk izango direla haren ordezeko. Aukera hori Kodeko 779. artikulua jasotzen du: *si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador*. Badaude arazoak artikulua hori aplikatzeko eta hitzez hitzeko interpretazioa egiteko. Berez, gehiagotze eskubidearen antzekoa da, honako desberdintasun honekin: gehiagotzeko eskubidean, dei bat dago, deituak jaraunsle izan behar du eta aparteko onartzea eskatzen du; ordezkariaren, berriz, bi dei daude, erabat desberdinak eta autonomoak: ez da deialdi solidario bat, gehiagotzea emateko eskatzen den bezala. Gainera, gehiagotzea emateko, printzipioz, parte berdinetan egon behar du banatua jaraunspenari dagokion zati hori; ordezkariaren ez, halaber. Beraz, ordezkari arruntan, ordezkariok jaraunspenaren duten kuotaren arabera jarriko dira ordezkariaren tokian.

Ordezkari arruntaren izaera juridikoari dagokionez, doktrinan, gehienek uste dute hura baldintzapeko deia dela. Honako hau da gertatu beharrekoa: lehenengo izendatuak jaraunspena ez jasotzea. Dena den, komeni da bi suposamendu bereiztea:

(1) Izendatua aurrez hiltzea eta ordezekoa jartzea: hor ez dago ondorengo gertakizunik, gertaera lehenago eman baita.

(2) Aldiz, ordezkoa jartzeko testamentugileak eska dezake izendatuak izendapena ez onartzea edo onartu ezin izatea; bada, eskaera hori da, teknikoki, baldintzapekoa.

Ordezpena gertatzen bada, Kodeko 780. artikulua aurreikusten ditu eraginak: *el sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido.*

Seniparterik balego, ordezpen-eskubiderik eman ote daitekeen edo ez erabaki behar da:

(1) Seniparte hertsiairen gainean ezin da inongo ordezpenik egin (Kzeko 813. art.), erabateko lehentasuna baitu beste edozein deiaren aurretik.

(2) Seniparte zabalaren —hau da, hobekuntzaren— gainean eman daitekeen edo ez, ezbaian dago. Hasteko, eta aurrerago azalduko denez, hobekuntzan zamak baztertzeko printzipio orokorra jasotzen du Kodeko 824. artikulua, onuradunak izan daitezkeen beste senipartedunen alde ez bada behintzat. Beraz, uler daiteke: alde batetik, hobekuntzan ordezkora gerta daitekeela, baldin eta hobekuntzaren jasotzaileak ordezkoak izan badaitezke (adibidez, ume bati hobekuntza utzi eta ordezko bere neba-arreba izendatu); bestetik, gainerako eskubidea zabaltzen dela hobekuntza erabili ez denean, ordezkora jokoz kanpo utziz.

IV.-ORDEZPEN PUPILARRA ETA EXENPLARRA

Kode zibileko 775 eta 776. artikuluetan arautzen dira, hurrenez hurren, ordezpen hauek. Lehenengo artikulua dio: *los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.* Bigarrenak, aldiz, honako hau xedatzen du: *el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior [776.1] quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.*

Erromatar zuzenbidean jaio ziren ordezpen hauek eta oso erabiliak izaten ziren adin txikiaren eta ezgaiaren *abintestato* oinordetza ekiditeko [776. artikulua] buruko gaixotasuna aipatzen badu ere, ezgaitasuna dakarten beste gaixotasun mota batzuei ere aplikagarri zaiela ulertu behar da. Ezgaitze sententziak esan beharko

du, kasuz kasu, ezgaiak testamentua egiteko gaitasunik ez duela, ordezipenak indarra izan dezan].

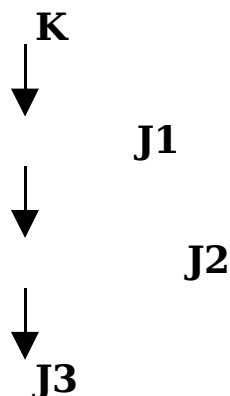
Halaber, KZeko 777. artikulua honako hau dio, aurreko biak osatuz: *Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legítimos de éstos.*

Ordezpen hauen **izaera juridikoa** da, hala ere, zailtasun gehien planteatzen dituen auzia: aurre ahaideek egiten duten testamentua da haien ondasunetan, adin txikiaren eta ezgaiaren ordezipen, ordezipen bat izendatzeko, edo eta aurre ahaideek adin txikiaren edo ezgaiaren ordezipen egiten duten testamentua da [adin txikia edo ezgaiaren jaraunspena xedatzeko] haien *abintestato* oinordetza ekiditeko? Doktrina banatuta dagoen arren, jurisprudentziak argi utzi du honako ordezipenek aurre ahaideek adin txikiaren edo ezgaiaren izenean egiten duten testamentua suposatzen dutela, ordezipen jaraunspena aurre ahaideek xedatzen dutela, alegia, KZeko 670. artikulua dionaren SALBUESPEN gisa kontsideratuz [*El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario*]. Beraz, bi hipotesi hauetan, aurre ahaideek haien ondorengoaren ordezipen testamentua egiten dute [adin txikiak edo ezgaiak direlako, eta haien kabuz testamenturik egin ezin dutelako, 14 urte bete arte edo gaitasuna berreskuratu arte] eta bertan ordezipenak izendatzen dituzte, badaezpada, adin txikiak edo ezgaiak testamenturik egiten ez badu, bere *abintestato* oinordetza ekiditeko. Horregatik, ordezipen hauek iraungi egingo dira, pupilarrean, adin txikiak 14 urte betetzen dituenean, eta exenplarrean, ezgaiak testamentua egiten badu gaitasuna berreskuratu duelako.

V.-ORDEZPEN FIDEIKOMISARIOA

Kode Zibilak 781. eta hurrengo artikuluetan arautzen du ordezipen fideikomisarioa. Definizioz ez du ematen, baina hipotesi hori deskribatu bai: *las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador* (KZeko 781. art.). Badirudi testamentugileak enkargu bat ematen diola jaraunslari; izan ere, uler daiteke jaraunslari mandatu horren arabera hirugarren bati ematen dizkiola ondasunak eta hirugarren hori jaraunslari horren jaraunslari dela, ez testamentugilearen jaraunslari. Baina ez da enkargu bat, ordezipen fideikomisarioan oinordetzara deitutako bi pertsona horiek testatzailearen jaraunslari baitira, eta bigarren

deituak kausatzailearengandik jasoko baititu ondasunak eta ez lehenengo deituaren eskutik. Funtsean, ordezen fideikomisarioaren bitartez kausatzaileak KATE bat eratzen du jaraunsle edo legatu-hartzaileekin. Deialdi anitza luzatzen du: denak izango dira bere oinordeko, deialdia onartzen badute, baina ez aldi berean. Oinordeko bakoitzak bere momentua izango du ondasun hoiek gozatzeko azken oinordekoak bereganatzen dituen arte. Oraindik jaio edo sortu ez direnen aldeko xedapenak egiteko tresna aproposa dugu hau, kausatzailearen ondarea belaunaldiz-belaunaldi igarotzeko, alegia.



Ordezpen honek honako UKANBEHAR hauek galdatzen ditu:

1.-Deialdi anitza burutzea kausatzaileak. Bi pertsona edo gehiagoren alde egiten du deialdia testatzaileak eta denak dira bere oinordeko, onartzen baldin badute gonbitea. Lehenengo oinordekoa FIDUZIARIOA izango da eta azkena FIDEIKOMISARIOA. Tartean beste oinordeko batzuk badaude, izaeraz, fiduziarioak edo fideikomisarioak izango dira, momentuaren arabera.

2.-Esanbidez ezarri behar da ordezena, ez da presumituko: *para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos* (Kzeko 783.1. art.); *no surtirán efecto: 1º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero* (Kzeko 785. art.). Xedapena ezarri behar da, eta ez erregu soila, eta argi eta garbi ezarri gainera, zeren presuntzioa aldibereko deiaren aldekoa baita eta ez segidakoaren aldekoa: *cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente* (Kzeko 771. art.); *in dubium contra fideicomissum* delako printzipioa dago, alegia.

3.-Ez dira zergatik oinordeko guztien izen eta abizenak hasieratik zehaztu behar, nahikoa izango da hauek bereizteko modu

argia egotea (adb: *concepturus*-arekin gertatzen dena: izena oraindik ez dakigu, baina bai noren semea edo alaba izango den).

4.-Lehenengo oinordekoak karga bat dauka hasieratik, testatzaileak kontrakorik xedatzen ez badu: jaraunspena edo legatua kontserbatzea hurrengo oinordekoari igarotzeko. Fiduziariora eta fideikomisarioa, biak dira kausatzailearen oinordeko eta harekiko izan behar dira gaiak. Deialdia anitza da baina jarraikakoa, hau da, bigarren mailako ordezen bat, ez-zuzena.

5.-Oinordeko fiduziariora eta fideikomisarioa igarotzeko, EPEA edo BALDINTZA jarriko da.

ENZOE 1981/3/27 (RAJ 1790): "En cuanto al primer punto, o sea atribuir al fideicomisario el carácter de heredero del fideicomitente, puede entenderse hoy totalmente superada y resuelta esta cuestión en un sentido afirmativo, dado que el principal obstáculo que se oponía a esta concepción, y pese a las diferencias existentes entre el fideicomiso romano y la posterior figura de la sustitución fideicomisaria, tenía su origen en el axioma *semel heres, semper heres*, procedente del Derecho Romano, obstáculo que este mismo Derecho intentó superar a través de una evolución que, iniciada en el Senado Consulto Trebaliano, culmina con la reforma de Justiniano (Instituta, 2, 23, 7), que considera -aunque el fiduciario haya detraído la cuarta pegasiana- al fideicomisario como sucesor a título universal al ser llamado a la herencia o a una cuota parte de ella y no referirse especialmente a bienes determinados. En nuestro C. Civ. esta posición aparece si cabe todavía más reforzada, no ya sólo por no haber recogido el anterior principio romano *semel heres, semper heres*, que constituía como se ha indicado el fundamento principal de la tesis contraria, sino también y muy especialmente por la lectura del propio articulado de nuestro primer Cuerpo Legal, y es especial del art. 785-1.º, donde se expresa el carácter de herederos que tienen los segundos llamados a la sucesión".

Halaber, ordezen fideikomisarioak MUGA batzuk dauzka, derrigorrez bete beharrekoak:

1.-Ikuspegi objektibotik, **seniparteak errespetatu behar ditu:** *las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeran sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los legitimarios y sus descendientes* (κzeko 782. art.). Beraz, seniparte hertsia ezin du ukitu ordezenak (κzeko 813.2. art.); hala ere, hobekuntzako zatian onartzen da ondorengoaren aldekoa baldin bada (κzeko 824. art.)

2.-Ikuspegi subjektibotik, **deituak nor izan daitezkeen zehazten da:** (...) *serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador* (Kzeko 781. art.). Ondasunak behin-betiko lotuak ez uztea da muga horren helburua (*vinculaciones, en manos muertas, amortización*); hala, ondasunak lotuta gera daitezke, baina legeak ezartzen duen gehieneko denboraldia iragan arte bakarrik.

Muga horrek, halaber, bi kasu aurreikusten ditu:

(2.1) Testatzailea hiltzean —alegia, oinordetza irekitzean eta ez testamentua egiteko unean— bizi direnen alde egin bada, ordezen fideikomisarioa baliozkoa izango da, mugarik gabe.

(2.2) Testatzailea hiltzean, bigarren mailan (*segundo grado*) ezartzen zaio muga ordezenari, hau da, ordezena ezin da bigarren mailatik pasatu. Arazoa da argitzea ea zer esan nahi duen bigarren mailatik ez pasatzea. Argi dago bizi ez diren pertsonen erreferentzia egin nahi zaiela, bizi direnak lehenengo suposamenduan aurreikusiak baitaude; bizi direnek beren trataera jasotzen dute eta bi esaldiak kontrajarriak daude (...o...). Bestalde, *grado* hitza belaunaldi (*generación*) gisa uler daiteke, Kodeko 915. artikuluko esanahia hartuta. Baina, hala ulertuz gero, bizi ez diren pertsonen aldeko ordezenak familiaren eremura bakarrik murrizten dira, eta gainerakoak kanpoan utzi; erreferentzia horretatik abiatuz, fideikomiso familiarrak eta ez-familiarrak bereiz daitezke. Hala eta guztiz ere, jurisprudentziak interpretatzen du bi dei edo bigarren ordezena egiteko aukera aurreikusten dela; alegia, bizi ez diren pertsonen alde bi dei egin daitezkeela, lehenengo deitua kanpo utzita. Beraz, fiduziarioa kontutan hartu gabe (izendatua besterik ez baita), oraindik bizi ez diren beste bi ordezenko izendatzea onartzen da.

AGE 1940/6/23 (RAJ 530): “La tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la *Instituta* -proemio del Título decimoquinto del Libro segundo-, al decir que «puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquél no fuese mi heredero, sea heredero éste, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere», no menos que el Digesto -proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28-, donde se lee: «los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo o en el tercero»; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban

sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones «de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad»; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de «llamamiento», pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas”.

AGE 1980-1-31 (RAJ 176): “segundo grado es sinónimo de segundo llamamiento y su cómputo ha de realizarse a partir del fiduciario, como primer heredero instituido”.

Aipatutako arau horren mugak gainditzen dituzten deiak deusezak izango dira; mugaren barruan daudenak, berriz, baliozkoak izango dira: *la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria* (kzeko 786. art.). Deusezak izango dira, beraz, muga gainditzen duten deialdiak, ez beste guztiak.

Muga horrek ez du arazorik pertsona fisikoen kasuan, noizbait hilko baitira; beraz, epeduna da. Aldiz, fiduziariora pertsona juridikoa balitz, beraren izateak ez luke epemugarik izango eta mugak jartzearen helburua urratuko litzateke. Horregatik, doktrinak proposatzen du analogiaz Kode Zibileko 515. artikulua aplikatzea, hogeita hamar urteko epea, alegia.

Muga horrekin bat, eta helburu berbera lortzeko, Kodeko 785. artikulua zera dio: *no surtirán efecto: 2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781. 3.º Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión. 4.º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.* Fideikomisozko ordezpena ezartzeko xedapenez gain, testamentuan ezar daitekeen edozeinetan ere ager daitezke xedapen horiek; esate baterako, oinordekoa izendatzeko xedapenean.

Azter dezagun, orain, FIDUZIARIOAREN eta FIDEIKOMISARIOAREN egoera juridikoa, ordezpena ezarria dagoenean:

1.-FIDUZIARIOAREN EGOERA JURIDIKOA

Oinordeko honen egoera juridikoa argitzeko, arauok aipatu behar dira: *se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia* (κzeko 781. art.); *el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa* (κzeko 783.2. art.). Beraz, eraentza juridikoa finkatzeko, aplikatuko dira: lehenik, Kodeko nahitaezko arauak; gero, testamentugilearen borondatea, eta, azkenik, Kodeko beste artikulua, analogiaz ere aplikatu daitezkeenak.

Fiduziarioa, izaeraz, jaraunsele da eta ondasunen gaineko jabetza eskubidea eskuratzen du edo, gero azalduko denez, **usufruktu eskubidera** hurbiltzen den jabetza eskubidea. Beraz, ondasunetara gozatzeko eta administratzeko eskubidea du fiduziarioak. Eskubide horri lotutako ahalmenak eta betebeharrak zehaztu beharko dira kasu bakoitzean, eraentza juridikoaren arabera eta ondasun motaren arabera.

Baina, ondasunen gaineko eskubide hori ordezenari lotuta dago eta fideikomisoaren ordezenak **mugatzen dio xedatzeko ahalmena**. Ondorioz, fiduziarioak ondasunak kontserbatzeko obligazioa du; gero zerbait entregatzeko obligazioa duenez, guraso on baten ardurarekin kontserbatu beharko ditu gauzak (κzeko 1094. art.). Kontserbatzeko obligazioaren arabera, ondasunak ezin izango dira besterendu. Orain, xedatzeko ahalmenak kontserbatzeko obligazioaren arabera dira eta xedatzeko debekua ez du eraginik izango fiduziarioa besterendu beharrean bada: esaterako, gauza galtzeko arriskua dagoelako, zorrak ordaintzeko edo beste ondasunak kontserbatzeko (κzeko 186.3. art. argudia daiteke analogiaz). Horretarako, fideikomisarioen baimena beharko da eta, horiek oraindik zehaztu gabe baldin badaude, epailearena.

Epea betetzen denean (normalean fiduziarioa hiltzean edo baldintza betetzen denean), jaraunspena fideikomisarioari entregatu behar zaio (κzeko 783.2. art.). Noski, fiduziarioak fruituak bere egin ditu, jabea baitzen, eta, edukitza kitatzeko orduan, berreskura ditzake: (a) gastu zilegiak —kontserbatzeko beharrezkoak, alegia—, gastu arruntak kenduta, noski, horiek haren aldeko erabileratik eratorri baitira; (b) kredituak —hau da, fiduziarioak kausatzailearen aurka zituenak—, kausatzaileari zor zizkionak itzuli egin beharko baditu ere; eta (c) hobekuntzak.

2.-FIDEIKOMISARIOAREN ERAENTZA JURIDIKOA

Legegileak honako hau dio: *el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos* (κzeko 784. art.). Bat dator Kode Zibileko 799. artikuluaekin: *la condición*

suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento, beti ere, baldintzapeko deialdia ez bada, ezen kasu honetan KZeko 759. artikulua aplikatuko baita eta ez die fideikomisarioak ezer ere transmitituko bere oinordekoei. Epeari lotutako deialdian, 799. artikulua aplikatuko da eta eskubide transmisioa dago; baldintzari lotua bada, 759. artikulua, eta ez dago transmisiorik eskubideduna baldintza bete baino lehen hil egiten bada.

Fideikomisarioak jaraunspen-eskubidea eskuratzeari buruz, hainbat egoera aipatu behar dira: (a) fideikomisarioa kausatzailea baino lehenago hiltzen bada, ez du eskubiderik jaso eta, beraz, ezin du transmititu (KZeko 758.1. art.); (b) fideikomisarioak, kausatzailea hiltzean existitzen bada, eskubidea eskuratzen du; (c) fideikomisarioa kausatzailea hil ondoren existitzen bada, orduan eskuratuko du eskubidea (*nasciturus, concepturus*); (d) fiduziariora hiltzean fideikomisarioa oraindik existitzen ez bada, ez du eskubiderik eskuratzen, ezta transmititu ere, bigarren mailako mugak *sucesor actual* eskatzen baitu; (e) fiduziariora kausatzailea baino lehenago hiltzen bada, fideikomisarioak zuzenean eskuratzen du eskubidea, isilbidezko ordezen arrunta dagoela ulertzen baita; (f) fideikomisozko ordezen baldintzapekoa bada —hau da, ordezena egotea edo ez egotea baldintzapean jarri bada—, esan bezala, Kodeko 759. artikulua aplikatuko da: *el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos*. Baldintza bete arte ez da jaraunspena izango eta ezin izango du eskubidea transmititu.

Fideikomisarioak, behin onartuta, **jaraunspena eskuratzeko eskubidea du**; eskubide autonomia denez, merkataritzaren barruan dago eta, ondorioz, berarekin negoziatu dezake eta, hala degokionean, Jabetza Erregistroan ere inskribatu. Eskubide hori, izaeraz, balizkoa denez, zenbait egintza egiteko aukera du fideikomisarioak, esate baterako, eskubidea eta jaraunspena defendatzeko akzioak egikaritu edo inbentarioa egin dadin eskatu.

Fideikomisarioaren delazioa gertatuko da: (a) fideikomisozko ordezena epeduna bada testamentugilea hiltzen denean; aldiz (b) baldintzapekoa bada baldintza betetzen denean (KZeko 758. art.). Deituen gaitasuna momentu hoietan aztertu beharko da, alegia.

Bukatzeko, ordezen fideikomisarioa IRAUNGI egingo da:

(1) Fideikomisarioari ondasunak entregatu behar zaizkionean, testamentugileak ezarritako gertaeraren arabera: **epea edo baldintza betetzea**. Fideikomisarioa testamentugilearen jaraunspena da, ez

fiduziarioarena. Hala dagokionean segidan beste fideikomisarioak baldin badaude, fiduziario ere bihurtuko da aldi berean.

(2) **Fideikomisarioak ez badu bere eskubidea eskuratzen hil delako edo baldintza ez delako bete, edo jaraunspena zapuzten badu**, fiduziarioak jabetza-eskubidea sendotzen du bere ondarean.

(3) Fiduziarioak ez badu onartzen edo bere eskubideari gero uko egiten badio: (a) baldintzarik ez badago, isilbidez ordezen arrunta gertatzen da fideikomisarioaren alde; (b) baldintzapekoa bada, oinordetza *abintestato* izango da betetzen ez den bitartean eta jaraunseak legeak izendatuko ditu. Betetzen denean, fideikomisarioak jasoko du jaraunspena.

ENZOE 1981/3/27 (RAJ 1790): “La mayoría de la doctrina afirma que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario en base: a), a los antecedentes históricos favorables a través de nuestros clásicos a esta solución a medida que se iba perfilando y desarrollando la sustitución fideicomisaria; b), a los arts. 784 y 785-1.º del C. Civ., que consideran al fideicomisario como un segundo heredero designado para después del primero, y que adquiere su derecho -como ya se indicó- al morir el testador, por lo que faltando el primero corresponde ahora al nombrado en segundo lugar; c), a que en los supuestos resueltos por la jurisprudencia del T. S. favorables a la tesis contraria se refieren o a sustituciones fideicomisarias condicionales o a fideicomisos de residuos, en donde nuestra más alta Magistratura ve una institución condicional, por lo que no es aplicable esta doctrina a los supuestos de sustituciones fideicomisarias puras o aplazadas; d), a que el art. 675 del C. Civ. destaca como esencial la voluntad del testador que puede aparecer manifestada claramente en este sentido; e), a que es la solución acogida por el Derecho Comparado y por nuestras legislaciones forales, tal como lo establecen el art. 155-3.º de la Compilación de Cataluña, 25 de la Compilación Balear y Ley 226, 1.ª de la Compilación Navarra, y que en este sentido se han manifestado la S. de 13 noviembre 1948 y la resolución de 23 octubre de 1908”.

Aipatu denez, fideikomisozko ordezena **baldintzapean** jar daiteke: baldintza esekitzailea edo suntsiarazlea, eta edonoren egoeraren gainean, fiduziario edo fideikomisario izateko, alegia.

AGE 1999/2/28 (RAJ 1895): “Es necesario diferenciar, en cuanto a los efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales. En aquéllas, la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravamen de sustitución. Por el contrario, en las sustituciones fideicomisarias condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede enajenar los bienes porque pudiera incumplirse la condición resolutoria (si fallece con

hijos) con lo que él se convertiría en el último y definitivo propietario de los bienes y por tanto resultarán inatacables las transmisiones que pudiera haber realizado”.

Honako hauek dira baldintzarik erabilienak:

(1) Ordezpena jar daiteke:

(1.1) *Si cum liberis decesserit*, hau da, kausatzailea umeak izanda hiltzen bada, horiek dira fideikomisarioak.

(1.2) *Si sine liberis decesserit*, hau da, umerik izan gabe hiltzen bada, beste norbait izango da fideikomisarioa. Kasu horietan, umeak izatea da baldintza eta horren arabera erabakitzen da fiduziarioak eta fideikomisarioak zein diren.

(2) Hondarraren fideikomisoa: testamentugileak jaraunspeneko ondasunak xedatzeko ahalmena ematen dio lehen izendatutakoari, agian zenbait muga ezarrita, eta, entregatzeko obligazioa bete behar denean zerbait geldituko balitz (hondarra), orduan beteko litzateke baldintza. Beraz, fideikomisoa izan daiteke: (a) jaraunspena kontserbatzeko obligazioa duena (kzeko 781. art.); edo (b) kontserbatzeko obligaziorik gabea (kzeko 783. art. *in fine*).

Fideikomiso hori bi modutara antolatu daiteke: (a) zerbait geratzen bada (*si aliquid supererit*): fiduziarioak xedatzeko ahalmen osoa du eta zerbait geratzen bada gertatuko da ordezpena; (b) geratu behar duen hartatik (*de eo quod supererit*): fiduziarioak xedatzeko ahalmenak mugatuta dauzka eta fideikomisarioak beti jasoko du zerbait. Berez, bigarren kasu horretan ez dago benetako baldintzarik; izan ere, fideikomisozko ordezpena beti gertatuko da eta objektua da zehaztu gabe dagoen elementu bakarra, entregatu eta jaso beharrekoa zenbat izango den, alegia. Logika garbian, gauza bera esan liteke lehen suposamenduari buruz ere: fideikomisozko ordezpena beti dago, baina, hala dagokionean, hutsa izan daiteke *quamtum* delakoa.

Testamentugileak fiduziarioari xedatzeko ahalmenak ematen badizkio, ahalmen orokor horren eremua finkatu behar da. Besterik adierazten ez bada —hau da, esanbidez ezarri ezean—, fiduziarioak ez du ez *mortis causa* xedatzeko ahalmenik ez *inter vivos* doako negozioz xedatzeko ahalmenik ere. Xedatzeko ahalmena egikaritzen badu, ondaretik ateratako ondasunaren ordez sartzen den gauzak ez du haren lekua hartzen eta, beraz, itzultzeko obligaziorik ez dago, testamentugileak besterik adierazi ezean, noski.

Bukatzeko, Kodeak **usufruktu** eskubideari buruzko aurreikuspen berezia eskaintzen du fideikomisozko ordezpenaren eremuan. Kode Zibileko 787. artikulua zera ezartzen du: *la disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781*. Lehen arauak ez du arazo berezirik sortzen, aldi bereko deiak baitira. Aukera horretaz gain, usufruktu-

eskubidearen titularra nor den erabakitzeke, segidako deiak egin ditzake testamentugileak; beraz, fideikomisozko ordezipena usufuktudunen artean ere ezarri daiteke. Gogoratu, gainera, testamentugileak baduela aukera usufuktudunari xedatzeko ahalmenak emateko (kzeko 470. art.).

VI.-IRAKURGAIK

1. Ordezpen pupilarra eta kuasi-pupilarra

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo (1958): "Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil español", *Anuario de Derecho Civil*, 3-19.

PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa (2003): "Las sustituciones pupilar y ejemplar en la persona del ascendiente de línea diferente a la de procedencia de los bienes, ¿excluyen la aplicación de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil?", *Actualidad Civil*, 38. zb.

2. Fideikomisozko ordezipena

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1982): "Destino de las acciones nuevas suscritas con las viejas fideicomitidas", *Revista de Derecho Privado*, 531-541.

FONT BOIX, Vicente, eta Antonio de la Esperanza MARTÍNEZ-RADÍO (1965): "El fideicomiso de residuo *eo quod supererit* y *si quid supererit*", ", *in Estudios de Derecho Privado II* (Antonio de la E. MARTÍNEZ RADIO), Madril, Editorial Revista de Derecho Privado, 416-451.

MATEOS BONILLA, Ismael (1998): "Estudio teórico-práctico de las figuras fideicomisarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1179-1300.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1976): "Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 9-30.

VII.-KOMENTATZEKO TESTUAK

(1) AGE 1983/4/25 (RAJ 2122): En el caso que se examina, existe una institución de heredero universal con unos sustitutos, no «en lugar de», sino «después de», encajable con sus propias características, en el mecanismo de la sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario (heredero) no tiene obligación de conservar puesto que está expresamente autorizado para disponer libremente de los bienes, por acto intervivos, en el caso de haber agotado por necesidad, los suyos

privativos, por lo que los fideicomisarios (sustitutos) no tienen derecho a la totalidad de la herencia, sino solamente a aquello que quede, de quedar algo, si se hace uso de la facultad de disposición concedida por la testadora. Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite el art. 783 en su párr. 2.º, donde, después de establecer que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras», añade «salvo en caso en que el testador haya dispuesto otra cosa»: que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de «fideicomiso de si queda» o de *si aliquid supererit* a la manera contemplada en la sentencia de 23 diciembre 1982 ajeno a la institución condicional en sentido estricto del art. 790 que, consiguientemente no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados, como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso *de eo quod supererit*), que sólo podrá saberse en el momento del fallecimiento del fiduciario único que es justo, lo que indujo a la jurisprudencia a declarar que hasta entonces los fideicomisarios tienen una simple expectativa a adquirir el concepto de heredero, que se perfecciona cuando dicho fallecimiento tiene lugar -SS. de 28 junio 1947, 13 noviembre 1948, 1 diciembre 1951, 10 julio 1954, 7 enero 1959 y 29 enero 1962, entre otras-; razones todas, por las que este motivo tiene que desestimarse.

(2) AGE 2002/2/12 (RAJ 3191): Éste (fideicomiso de residuo) es el fideicomiso (*rectius*, sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición *inter vivos* (si incluye también a disposición *mortis causa* se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario. En el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente (así está conforme toda la doctrina y reconoce la sentencia de 22 de julio de 1994 recogiendo jurisprudencia anterior). Pero, por otra parte, el fiduciario no es que tenga prohibidos los actos de disposición –que no los tiene– sino que la eficacia de los mismos penderá de si, por cumplirse la condición o al llegar el término, el patrimonio fideicomitado pasa al fideicomisario y éste puede impugnar aquella eficacia. En el momento de la demanda, la fiduciaria vive y el fideicomiso no se ha purificado, es decir, no se ha producido la muerte de la fiduciaria sin descendencia (*sine liberis decesserit*) y no se puede hablar de ineficacia (no es nulidad) del

acto de disposición que ha realizado la fiduciaria, antes de cumplirse la condición.

(3) ENZOE 1994/1/4 (RAJ 232): Debe resolverse acerca de la interpretación de una cláusula incluida en dos testamentos de idéntico contenido, conforme a la cual cada disponente «instituye herederos, a partes iguales, a sus hermanos de doble vínculo Enrique y Dolores... y al fallecimiento de ambos les sustituye por sus sobrinos carnales Fernando y María Luz...». La cuestión, pues, estriba en decidir, si el testador quiso ordenar una sustitución vulgar, conforme a la cual, los sustitutos sucederían a los instituidos en su defecto y para el solo caso de premoriencia -tesis del recurrente- o sí, contrariamente, pretendió imponer una sustitución fideicomisaria, mediante un doble llamamiento sucesivo, de suerte que los sustitutos entrarían en posesión de la herencia tras el fallecimiento de los llamados en primer lugar.

Es sabido que el Código Civil ordena que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria sean expresos -cfr. artículos 783 y 785- ya sea dándole ese nombre ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de conservar y entregar los bienes a un segundo heredero.

Sin embargo, abundantes pronunciamientos jurisprudenciales consideran que tal requisito se halla implícito en el llamamiento sucesivo en cuanto éste supone necesariamente la obligación de conservar y entregar. Se considera, por ello, que, la abolición por los redactores del Código Civil de los llamamientos conjeturales o sobretenidos no debe ser confundida con la interpretación, *in re ipsa*, del testamento que permita inferir una inequívoca voluntad del ordenante en favor de la sustitución fideicomisaria.

Por ello, el empleo de la expresión -ciertamente parca- «a su fallecimiento» -vid., Sentencia de 25 octubre 1954- junto con el nombramiento y previsión temporal de actuación de los albaceas nombrados -«desde el último fallecimiento que ocurra de la testadora o sus hermanos»- permiten una hermenéutica favorable a que la intención de la testadora al otorgar su última voluntad era imponer una sustitución fideicomisaria”.

(4) AGE 1944/10/30 (RAJ 1180): Una de las más interesantes y borrosas figuras comprendidas en el cuadro anterior es la genuinamente romana del fideicomiso, que tiene como nota específica la de que el ruego o encomienda consiste en imponer al fiduciario el encargo de restituir toda la herencia o parte de ella a una tercera persona (fideicomiso universal o fideicomiso de herencia) o bien restituir cosa determinada o pagar determinada cantidad a un tercero (fideicomiso singular) y que no sólo se ha manifestado históricamente a través de especies muy diversas (fideicomisos puros o condicionales, expresos o tácitos), sino que ha dado lugar a modalidades especiales, tales

como el fideicomiso sucesivo, perpetuo o temporal (del cual son derivaciones el fideicomiso familiar romano y la moderna sustitución fideicomisaria de llamamientos limitados) y, por lo que aquí principalmente interesa, el fideicomiso secreto, del que trae su origen el fideicomiso con encargos o instrucciones reservados (herencia de confianza), institución ésta desenvuelta por el derecho consuetudinario y la doctrina científica sobre la base de algunos textos del derecho romano y de las Decretales y que aun cuando esté proscrita hoy por el artículo 785 del Código Civil Español, sigue teniendo uso y arraigo en algunas regiones de derecho especial, donde los testadores, no queriendo a veces, por unas u otras razones, formular o precisar su última voluntad en el propio testamento, instituyen como herederos a persona o personas de su confianza (herederos de confianza) con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicaron o les han de comunicar, ya en forma de instrucciones concretas o ya en términos generales para que ellos las desenvuelvan y apliquen según los dictados de su conciencia.

Que esta gama tan rica de instituciones jurídicas representativas de la fiducia testamentaria, nacidas y desenvueltas a través del largo proceso de desenvolvimiento del derecho romano y en siglos posteriores, plantea, en los derechos modernos que total o parcialmente las han acogido y sobre todo en los regímenes de legislación no codificada, como nuestros llamados derechos forales, el difícil problema de su delimitación y el de la determinación de la naturaleza y efectos de cada una de ellas; siendo de notar a este respecto: Primero: Que el tratamiento de las mismas ha de ser presidido como regla fundamental, por la sujeción a la voluntad de los testadores, que es norma primordial del derecho de sucesiones, a la que hay que estar en tanto no se oponga a las prescripciones de la moral y del derecho. Segundo: Que la cuestión muy delicada, del carácter o consideración que haya de atribuirse al fiduciario, que en el caso del fideicomiso de herencia fue ya objeto de criterios, indecisos y fluctuantes en la doctrina romana (la cual nos muestra soluciones, muy complicadas, sobre la base de ser reconocida en el fiduciario una cualidad inicial de heredero «iure civile» y en el fideicomisario una condición de heredero «iure pretorio», amparada por los medios procesales que garantizaban su situación y derechos en cuanto a la restitución de los bienes y el traspaso de las acciones hereditarias), da origen también en el derecho moderno, con relación a las herencias de confianza, a una dogmática de rasgos poco precisos, dominada por la separación de dos fases 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 y principalmente en la situación que se produce a virtud de la revelación de la confianza se conceptúa que el confidenciario es una especie de mandatario del testador, mero depositario y ejecutor de la voluntad de éste, según

las instrucciones de él recibidas. Tercero: Que de este carácter jurídico que a la herencia de confianza se atribuye, despréndese que si bien, en principio, la declaración del fiduciario -que actúa como una especie de testigo cualificado- constituye la prueba de la voluntad del testador, la cual, una vez manifestada, es la ley de la sucesión, ello no es óbice para que la revelación de la confianza deje de surtir pleno efecto siempre que medien circunstancias adversas a la verosimilitud de lo averado por el confidenciario. Cuarto: Que cuando, por la revelación de una confianza no verdadera, resulte acreditado que falta la base misma de la institución fiduciaria (como en el caso contemplado por la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1906, de que los herederos declaren la confianza a favor de ellos mismos) o cuando, por no haber llegado los fiduciarios, a revelar la confianza, resulte de imposible cumplimiento el fideicomiso ordenado por el testador, y quede igualmente sin base la institución a favor del fiduciario, se produce la invalidez o caducidad de ésta y, como secuela, la del testamento mismo.

Que el régimen jurídico, de la fiducia ofrece, sin embargo, características muy distintas y especiales cuando, en vez de confiar el testador al heredero fiduciario las instrucciones reservadas (verbales o escritas) relativas al destino de los bienes, se remite -como en el caso de estos autos- a las que puedan estar contenidas en algún escrito o memoria testamentaria, sin que pueda inferirse que la intención del testador haya querido establecer un ligamen esencial o de mutua condicionalidad entre la institución a favor del fiduciario y las instrucciones determinantes de la aplicación de los bienes hereditarios, pues en estos casos -que en realidad quedan fuera del sentido estricto, tipificado por la doctrina, de la herencia de confianza- la posición del fiduciario se separa radicalmente de la del mero ejecutor, aproximándose, en cambio, a la del heredero instituido con cláusula modal; y ésta es la orientación que aparece reflejada en la Sentencia de este Tribunal de 19 de noviembre de 1897, la cual, al resolver acerca de un caso en el que cierto testador había nombrado por único y universal heredero a cierta persona para que dispusiera de los bienes, según instrucciones que el otorgante dejaría escritas y firmadas de su mano y letra, estableció que «la falta de las instrucciones que el testador dijo que dejaría escritas de su mano y letra no vicia e invalida la institución de heredero en el concepto en que fue hecha, ya porque la eficacia de la misma no depende ni se hizo depender de la existencia, de aquélla ya porque han podido extraviarse..., ya porque se trata de un acto de la libérrima voluntad del difunto, como era el dejar o no tales instrucciones escritas».

(5) Nafarroako Auzitegi Nagusiaren epaia, 1994ko martxoaren 3koa (RAJ 2115).

