

La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La figura tradicionalmente conocida como «delegación de la facultad de mejorar», recogida en la versión original del artículo 831 del CC, presentó desde su incorporación al texto codificado un atractivo para la literatura jurídica muy alejado de su efectiva importancia práctica. Ni el parco tenor literal primero, ni la modificación producida en 1981 destinada a incrementar su uso, han podido superar lo que para algunos respondía a la falta de tradición y arraigo y para otros era el resultado de los abundantes problemas prácticos ocasionados por una institución extraña al sistema sucesorio del CC. La farragosa y reglamentista versión dimanante de la Ley 41/2003 semeja un nuevo intento de dar un impulso a una institución cuya bondad han acreditado sobradamente algunos ordenamientos «forales» (hoy autonómicos) que contienen instituciones parecidas. Sin duda, su forzado encaje en una ley destinada a cumplir unos fines que sólo indirectamente coinciden con la figura que nos ocupa, la ausencia de un abordaje medianamente completo de la reforma del régimen sucesorio del Código, cuya obsolescencia la doctrina viene denunciando desde hace décadas, y la defectuosa técnica legislativa de que adolece la nueva y compleja redacción siguen invitando al intérprete a buscar las mil y una aristas de la fiducia sucesoria recogida en el precepto. Que el nuevo texto vaya a servir además para cumplir los deseables fines que probablemente estaban en la mente del legislador es mucho más discutible

* El presente trabajo se enmarca dentro de la ejecución de los Proyectos de Investigación, «Derecho de sucesiones en Europea y libertad de testar: situación sustantiva, unificación conflictual y posición de los Derechos civiles autonómicos» (Ref. SEJ2007-65950/JUR), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER, y «A nova Lei 2/2006 de dereito civil de Galicia no actual proceso europeo de unificación do dereito de sucesións: implicacións para a emigración galega» (Cod. PGIDIT6CS-C20201PR), subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Antecedentes históricos*.—III. *Naturaleza*.—IV. *Requisitos*: 1. De la delegación: A) Formales. B) Subjetivos. C) Objetivos. 2. Del ejercicio de la facultad: A) Capacidad. B) Aceptación del encargo. C) Formales. D) Revocabilidad. E) Objetivos. F) Temporales. G) ¿Es un presupuesto la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del comitente? H) Extinción.—V. *Contenido de la facultad delegada*: 1. Amplitud del encargo. 2. Mejorar. 3. Realizar adjudicaciones, atribuciones o particiones. 4. Otras posibles facultades. 5. Límites: A) Las legítimas. B) Las disposiciones del causante.—VI. *Facultad de administración de los bienes y situación interina de la herencia*.—VII. *La atribución de la posesión de los bienes específicos y determinados atribuidos por el supérstite*.—VIII. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad introduce, como es sabido, reformas de cierta importancia en el Derecho de sucesiones del CC¹. Una de las más relevantes es, sin duda, la que deriva de la nueva redacción del artículo 831 del CC, sede de la tradicionalmente llamada «delegación de la facultad de mejorar» presente desde la publicación de la versión original del Código.

El precepto, que ya había sufrido una primera reforma en 1981, pasa ahora a tener una extensión² y una enjundia que, con toda probabilidad, exceden en mucho de su importancia práctica pues, como es de sobra conocido por muchas veces denunciado, en ninguna de sus versiones anteriores se mostró como una institución de gran uso en los territorios de Derecho común y apenas ha tenido repercusión en la jurisprudencia³.

La primera curiosidad que cabe advertir sobre la nueva versión de la figura clásica se desprende ya de la Exposición de Motivos

¹ Reformas que, como en otras ocasiones, merecen para TORRES GARCÍA, T. el calificativo de «reiteradas y especialmente fragmentarias» («Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio», *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 9-34, espec. p. 10), así como «erráticas», caracterizadas además por la ausencia de una visión de conjunto («Legítima y legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-227, espec. p. 174.

² La modificación ha producido la hipertrofia del artículo, en palabras de FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 CC», *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2005, pp. 117-141, espec. p. 118.

³ Un análisis de las sentencias en las que se cita el artículo hasta la fecha de publicación de la obra es realizado por SECO CARO, E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo. Estudio sobre el artículo 831 del CC español*, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 101 ss. Desde entonces las citas jurisprudenciales del precepto han sido siempre incidentales.

de la ley que, abiertamente, estima que la reforma del artículo 831 del CC obedece al objeto de «introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad»⁴, cuando lo cierto es que el tenor del artículo se limita a dar nuevo contenido a la tradicional fiducia sucesoria, sin que la finalidad expresada en el preámbulo aparezca de ningún modo reflejada en el texto legal. Percatándose de ello, algunos autores que han comentado esta última reforma del artículo 831 tratan de explicar la incoherencia entre la Exposición de Motivos y la norma jurídica. Así, para Roca Guillamón a las funciones tradicionales de la figura consistentes en defender la posición del cónyuge viudo, mantener en vida de éste la paz familiar y, en ocasiones, reequilibrar la posición patrimonial de los hijos, se reconoce una función añadida, la de servir de instrumento de protección del discapacitado, que en nada implica el cumplimiento de los otros objetivos⁵ aunque, como dice, por ejemplo, Florensa, esto no representa ninguna novedad, puesto que ya con la redacción anterior tal finalidad podía ser perfectamente cumplida⁶. Este último autor apunta una interesante perspectiva de comprensión del precepto cuando señala que el discapacitado que se pretende favorecer con la figura puede ser, precisamente, el cónyuge supérstite destinatario de la fiducia, la cual le puede garantizar una mejor atención en la última etapa de su vida al ser quien va a determinar el destino de parte de la herencia de su cónyuge difunto⁷. Por su parte Pereña, tras señalar que en ningún momento la norma menciona a los discapacitados o a los incapacitados, aventura que quizás lo que pretende el legislador es revitalizar una figura de escasa aplicación⁸. Para

⁴ Añade la Exposición de Motivos «[...] De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad [...]».

⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar. (Notas al art. 831 del Código Civil-Ley 41/2003)», *Libro Homenaje al Pr. Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores/Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4279-4301, espec. pp. 4283-4284.

⁶ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 120. De hecho, con la redacción original del precepto SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 115, recogía, entre las finalidades del artículo lo siguiente: «Una ulterior justificación puede tener base, si se considera que la distribución desigual puede corregir las diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, en la labor humanitaria y equitativa que supondrá la mejora a los hijos más necesitados»; este mismo autor en la p. 140 de la obra citada mencionaba la posibilidad de que la atribución de bienes se haga a favor de los incapacitados, si los hay.

⁷ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 119.

⁸ PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *La Ley*, 2004, D-41, pp. 1828-1835, espec. p. 1832. En similar sentido,

López Beltrán de Heredia, después de indicar que la reforma se produce «sin beneficio cierto para el incapaz», añade que el precepto puede ser utilizado por cualquier pareja con descendencia común, tenga o no algún descendiente incapacitado y se puede utilizar tanto para favorecer al incapaz, como para desfavorecerlo, como para dejarlo como hubiera estado si tal norma no hubiese existido o no hubiese sido modificada, indicando que, probablemente, con la última reforma se ha intentado, además, potenciar el artículo 831 CC⁹. Sin embargo, en opinión de López Frías, la nueva redacción del precepto puede significar un medio real de protección para el incapaz¹⁰.

Lo cierto es, que al igual que ocurrió con la modificación del 831 en 1981, tampoco la que se produce en el 2003 parece tener conexión directa con el resto de la ley pues, tanto entonces como ahora, los objetivos primigenios de las reformas poco o nada tenían que ver con la ampliación de la facultad de cometer en el cónyuge la distribución de la herencia entre los hijos¹¹, ampliación que en realidad constituye el objetivo directo de la reforma, como incluso se deduce de la Exposición de Motivos¹² y que han llevado a considerar «de dudosa oportunidad» la reforma¹³.

ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831 del Código Civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2005, pp. 157-169, espec. p. 157.

⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831 del Código Civil», *ADC*, 2005, pp. 1115-1152, espec. pp. 1116-117.

¹⁰ LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», *Protección del patrimonio familiar*, F. J. Sánchez Calero/R. García Pérez, coord., Valencia Tirant lo Blanch, 2006, pp. 39-73, espec. p. 47.

¹¹ Hasta el punto que DELGADO ECHEVERRÍA, J. ha llegado a decir que las reformas del artículo 831 tienen algún aspecto misterioso, cuestionando a continuación su sentido («Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro...*, cit., pp. 13-171, espec. p. 95). Por su parte para GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», *RJN*, 2005, núm. 55, pp. 121-136, espec. 129, la nueva regulación «[...] ha bebido de las fuentes que invitaban a una concesión generosa de facultades al cónyuge fiduciario» (trabajo publicado también en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004, pp. 2021-2029).

¹² Hasta el punto que para algunos, tras la modificación de 2003, el precepto permite que los cónyuges en sus respectivos testamentos se atribuyan la facultad de disponer de sus bienes, de modo que –con independencia de la naturaleza privativa o ganancial de los mismos– se consideren los patrimonios como un todo unitario a efectos sucesorios, llegando así a la satisfacción de los intereses de todos los implicados y, a la par, logrando la conservación de los patrimonios familiares (GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil...», cit., pp. 135-136). Sin embargo, hay quien estima que la ampliación de facultades es solo aparente, pues las que se introducen expresamente ya existían en el mismo artículo desde el siglo XIX (RODRÍGUEZ-YNUESTO VALCARCE, A., «La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003. La delegación de la facultad de mejorar», *RJN*, 2005, núm. 55, pp. 169-208, espec. p. 182).

¹³ Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 435.

Desde un punto de vista estrictamente formal el artículo 831 ha pasado a ser un farragoso entramado de normas ordenadas en seis números que pretendidamente recogen las soluciones a los problemas que la doctrina había planteado con el texto anterior, tomando partido en la respuesta a cuestiones discutidas¹⁴. Como decisión de técnica legislativa no creo que haya sido la mejor opción pues, por más párrafos que se incluyan, la regulación expresa de la institución que nos ocupa siempre será incompleta, debiendo interpretarse e integrarse en relación con todo el sistema sucesorio del CC.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde su introducción en el CC, el artículo 831 se presenta a sí mismo como una excepción a la prohibición de la delegación de la facultad de mejorar que se contempla en el precedente artículo 830, el cual a su vez constituye para la literatura jurídica española una expresión concreta, al menos parcial, de lo dispuesto en el artículo 670 del CC cuando establece en su párrafo primero que 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*»¹⁵.

En su redacción original, tomada directamente del artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851, el artículo 831 decía así:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda, que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, lo bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»

¹⁴ De «deficiente y engorrosa redacción en línea y estilo reglamentista» la califica la nueva redacción, RAMS ALBESA, J., en la revisión y puesta al día de *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, J. L. Lacruz y otros, Madrid, Dykinson, 2007, p. 346. Una sucinta referencia de las diferencias normativas expresas más destacadas entre la anterior y la vigente versión del artículo 831 en FUENTESECA, C., «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004, pp. 1743-1762, espec. p. 1759.

¹⁵ DE LACOSTE, J., *La mejora*, trad. de la ed. francesa por L. García Guijarro, Hijos de Reus, Madrid, 1913, p. 241, aprecia que si la mejora se hace por testamento el artículo 670 debe bastar; pero las mejoras testamentarias se hacen también por actos *inter vivos* y este último modo de mejorar es el que cae dentro del artículo 830 cuando prohíbe conferir a cualquiera esta facultad de mejorar, puesto que tal derecho es esencial y exclusivo de la persona que da los bienes.

Desde su aparición la doctrina se preguntó si la norma hundía sus raíces en el Derecho castellano o bien había sido tomada de otras fuentes. Al respecto y a pesar de que en la Ley XXXI de Toro se permitía, como excepción a la prohibición general de designación de bienes sobre los que habría de recaer la mejora contenida en la Ley XIX, que esa designación fuese delegada con tal de que los poderes conferidos a un tercero resultasen claros y terminantemente especificados¹⁶, lo cierto es que la razón de su introducción en el texto del Proyecto de García Goyena y a través de él en el Código, más parece responder al deseo de aproximarse a las legislaciones forales, donde eran habituales este tipo de delegaciones, cuyo fin, saludado además como favorable, era el reforzamiento de la posición de viudo y, consiguientemente, el mantenimiento de la paz familiar, concepción avalada por el dato de que sólo se recoge la delegación *inter vivos*¹⁷. Es común repetir las palabras de García Goyena que en sus Concordancias al mentado artículo 663 decía¹⁸:

«En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía a ser casi nominal la legítima de los hijos.

Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría.

¹⁶ Las limitaciones y cautelas que introducía la ley transcrita al poder testatorio, plantearon numerosas dudas en relación con su alcance; *vid.* ÁLVAREZ DE POSADILLA, J., *Comentarios a las leyes de Toro*, 3.ª imp., Madrid, 1826, pp. 192-197; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 3.ª ed., t. I, Madrid, 1853, pp. 564-573. En la doctrina moderna, una panorámica de las distintas posiciones sustentadas por los estudiosos y comentaristas de las Leyes de Toro, NÚÑEZ IGLESIAS, A., *El testamento por comisario*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1991, pp. 244 ss.

¹⁷ Señala SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 80 «La delegación contenida en el artículo 663 no se estima como posibilidad de cometer la testamentificación del causante, sino como acto de distribución desigual que podía realizar el cónyuge viudo. Indudablemente la Comisión aparece obsesionada con el clima del derecho foral de donde se toma el artículo. Sólo se piensa en la disposición por actos *inter vivos* del caudal familiar». Este mismo autor pone de relieve en pp. 101-103 que la STS de 31 de junio de 1899 recoge el de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna como «espíritu o razón filosófica» del artículo 831.

¹⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, pp. 107-108. La inspiración foral del precepto ocasionó las críticas a la figura entre los juristas contemporáneos y posteriores al Proyecto isabelino, que recoge NÚÑEZ IGLESIAS, A., cit., pp. 311 ss.

El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción.

Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados.»

El Anteproyecto de Código civil de 1888 primero¹⁹, y la versión definitiva del Código de 1889 después, recogen la figura en términos muy similares a los sustentados en el Proyecto de 1851, con redacción casi idéntica y también en sede de mejoras²⁰. Ha de tenerse en cuenta que los requisitos para la aplicación del precepto eran muy rigurosos, pues 1) era preciso que la delegación se pactase precisamente en capitulaciones (escasamente utilizadas en buena parte de los territorios de Derecho común), 2) que el delegante muriese intestado, 3) que el viudo permaneciese en ese estado 4) que los hijos mejorados fuesen comunes 5) que se respetasen las legítimas y las mejoras hechas por el delegante. Por todo ello no era de extrañar que apenas tuviese la figura aplicación práctica, quizás con la excepción de Galicia²¹ y Asturias²², donde ya tenía tradición antes de la promulgación del Código civil y fue utilizada para conseguir la transmisión indivisa del patrimonio familiar²³.

¹⁹ En el artículo 816, subsistencia que llama la atención a NÚÑEZ IGLESIAS, A., cit., p. 315, una vez que como señala este autor, el fin perseguido por aquél –conceder la delegación de la mejora a cambio de la supresión de las especialidades forales implicadas en la atribución de facultades dispositivas a tercero– se había abandonado ya en 1888 y las instituciones forales iban a ser respetadas.

²⁰ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 87-88, quien sin embargo pone de relieve que el sentido y el valor del 831 es diverso del que tenía su homólogo en el Proyecto de 1851 ya que, legislándose para las regiones de derecho común podía haberse suprimido, pues ya no tiene el carácter de compromiso antes señalado porque el sistema de legítima foral se respeta. Este mismo autor pone de manifiesto que la doctrina castellana no juzga con criterio favorable el artículo y en otro momento posterior señala que sistemáticamente sería más exacto situarlo en otro lugar (p. 96 y nota 9, p. 112 y nota 35). Recientemente RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV. *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 155-204, espec., p. 175 estima que el precepto debiera haber estado ubicado entre los que regulan la partición por el mismo testador, como ocurre con el 1056, que lo es en aras del interés familiar.

²¹ Como pusiera de manifiesto en su día DE FUENMAYOR, A., «Derecho civil de Galicia», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1950, pp. 256-265, aunque este mismo autor también señala que el desconocimiento en la práctica gallega de las capitulaciones encauzó por otras vías la delegación de la facultad de mejorar, algunas de las cuales fueron admitidas por el Tribunal Supremo. *Vid.* también sobre la delegación de facultad de mejorar en Galicia, antes y después del Código Civil, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (dir.), t. XXXII, vol. 2.º, pp. 1088 ss.

²² ALPAÑÉS, E., «La delegación de la facultad de mejorar», *RGLJ*, 1953, pp. 273-331, espec. p. 274.

²³ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 64; SANZ URANGA, F., «La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil», *RDN*, abril-junio 1976, pp. 379-399, espec. p. 381 apuntó a mayores de las zonas descritas, que en algunas comarcas rurales de Guipúzcoa, al amparo del artículo 831 en combinación con el artículo 1056, la familia campesina conseguía organizarse en régimen análogo al de la familia vizcaína, donde existía poder testato-

La reforma de 1981 del precepto suprimió la necesidad de que el cónyuge otorgante de la delegación hubiese de morir intestado, autorizando que la delegación pudiese concederse no sólo en capitulaciones –modificables tras el matrimonio a partir de 1975²⁴–, sino también en testamento, y poniendo un plazo, que antes no estaba expreso, para cumplir el encargo. Su tenor literal era el siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no se hubiese señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso, desde la emancipación de los hijos comunes.»

A pesar de que la nueva regulación favorecía teóricamente el uso de la fiducia, ampliando sus posibilidades, siguió siendo una institución poco conocida por los destinatarios y escasamente utilizada en la práctica²⁵, lo que ha impedido la elaboración de un cuerpo jurisprudencial sólido y estable que permita que la figura tenga unos perfiles lo suficientemente nítidos como para hacer aconsejable su utilización²⁶.

La redacción vigente del artículo 831 procede, como se ha dicho, de la Ley 41/2003²⁷, en cuyo contexto no deja de ser una norma «anómala»²⁸ y «extravagante» pues, como ya se ha anticipado, su tenor literal no la liga en ningún momento con la protección de las personas con discapacidad y su finalidad más parece

rio y ninguna legítima individual. Por su parte Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831 del Código civil», *RDN*, 1982, pp. 405-424, espec. p. 408, dice que estos supuestos de Guipúzcoa, Asturias y Galicia tienen en realidad poco que ver con el uso del artículo 831.

²⁴ Analiza el precepto a raíz de la modificación del CC operada en 1975, GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», *Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. III, Junta de Decanos de Colegios Notariales, 1976, pp. 365-392.

²⁵ Según SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil», *Academia Sevillana del Notariado*, 2006, pp. 263-279, espec. p. 266, el poco empleo de la institución obedece, por un lado, a la falta de tradición y, por otro, a los graves problemas que planteaba, no todos resueltos en la última reforma. No obstante, RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, t. II, vol. 1.º, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, estima que a partir de 1981, si bien no cumplió las expectativas creadas, tuvo cierta aplicación, aunque no especialmente numerosa.

²⁶ Lo que, como ya se ha dicho, no ha venido sucediendo desde su introducción en el Código, como ya señalaba, Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., pp. 409-410.

²⁷ La norma se corresponde exactamente con la prevista en el Proyecto de Ley que en este punto no sufrió modificación alguna en su tramitación parlamentaria.

²⁸ DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa. II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», *ADC*, 1965, pp. 877-909, espec. p. 877.

relacionarse con la ampliación de facultades del favorecido con la delegación que con la teórica finalidad general de la ley en la que se inserta.

III. NATURALEZA

Como señala Bermejo Pumar el proceso escrutador del origen de la delegación de la facultad de distribuir y mejorar invita a la invocación de más de una procedencia, remitiéndose básicamente al poder testatorio, por un lado, y a los derechos sucesorios del viudo, por otro²⁹. En efecto, un gran número de autores estima que en el artículo 831 del CC integra un supuesto de fiducia sucesoria o poder testatorio, con antecedentes en la tradición histórica castellana³⁰.

Ya con la novísima versión, entiende Roca Guillamón que la naturaleza de fiducia sucesoria es la que mejor se adapta a la figura, como se comprueba –dice el autor citado– advirtiendo que sólo cuando ha fallecido el cónyuge delegante puede hacerse uso de la facultad, naturaleza que a su juicio se potencia hoy cuando, suprimida la posibilidad de hacerlo en capitulaciones, ha quedado el testamento como único vehículo a través del cual canalizar la delegación³¹.

Sin embargo, los comentarios de García Goyena al artículo 663 del Proyecto de 1851 lo vinculan más con los derechos del viudo y con el deseo de fortalecer su posición³², llegando incluso a considerarse un verdadero privilegio³³ y hasta un beneficio sucesorio³⁴ destinado a cumplir en definitiva una función de cohesión familiar. Esta perspectiva incluso con la versión más reciente de 2003 sigue siendo la acogida por una parte de nuestra doctrina³⁵, aunque se

²⁹ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de las mejoras sucesorias. (La mejora a favor del cónyuge)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001, p. 17.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 455).

³¹ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4285.

³² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, cit., p. 107. Como señala BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 42, «La delegación de la facultad de mejorar puede configurarse no como un mero ejecutor de la voluntad de otro, sino como una facultad que integra la posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto».

³³ DE LACOSTE, J., *La mejora...*, cit., p. 246.

³⁴ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 49.

³⁵ FLORENSA I TOMÁS, C., «La facultad de mejorar...», cit., p. 118.

haya abandonado ya la exclusividad de la familia matrimonial como destinataria de la norma.

La mayor parte de nuestra literatura jurídica califica el artículo 831 del CC como norma excepcional³⁶, al estimar que contradice de modo más o menos directo varios preceptos del Código, como los artículos 1271.2, 658, 670, 824, 830 o 1057 del CC³⁷. De ser este el criterio aceptado, habría de descartarse su posible aplicación analógica (arg. art. 4.2 CC) pero no, como a veces se ha dicho³⁸, a mi juicio de manera equivocada, su interpretación extensiva, puesto que como en cualquier otra norma lo que ha de buscarse es su sentido correcto, sea éste más o menos amplio que la letra con la que se expresa³⁹.

En su configuración original que sólo permitía la fiducia realizada en capitulaciones, tanto los comentaristas del Código como la jurisprudencia consideraban que el 831 configuraba un tipo de pacto sucesorio que constituía una excepción a la prohibición de celebrar contratos sobre una herencia futura contenida en el artículo 1271.2 del CC⁴⁰. Con todo, esta naturaleza contractual, que nunca fue unánimemente aceptada por nuestra doctrina⁴¹ queda arrumbada con la reforma de 2003.

³⁶ Antes de la reforma del 2003, entre otros, DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 414, con el texto vigente, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4280. En contra de la calificación como excepcional, argumentado su carácter especial, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., *passim*.

³⁷ También estimaban algunos autores que, siendo recíproca la delegación, se exceptuaba la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 (así, CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, t. III. *Derecho de Sucesiones*, ed. revisada por A. de Cossío/A. Gullón, Madrid, 1959, p. 253), lo que no se explicaba en su día SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 96, nota 10. No obstante, recientemente, pero haciendo alusión a la situación antigua, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», p. 163, lo considera «extraordinaria excepción al artículo 669».

³⁸ Desde MORELL Y TERRY, «Mejoras», *RGLJ*, t. 83, 1893, pp. 259-288, espec., p. 274. También, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 233. Entre los más recientes, v. gr. BLASCO GASCÓ, F., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. A. M. López/V. L. Montés/E. Roca, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 340.

³⁹ *Vid.* más ampliamente sobre la interpretación y aplicación de las normas y sus límites, GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002, pp. 146-147 y 165.

⁴⁰ El artículo 831 es citado, con carácter incidental, como excepción al artículo 1271.2.º en las SSTs de 17 de febrero de 1914 y 1 de abril de 1914. También en la STS de 23 de mayo de 1970, *AranzadiWestlaw*, RJ 1970/3756 (Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca). Niega que lo sea, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI, 6.ª ed., Reus, Madrid, 1932, pp. 442-443, para quien en realidad este pacto no confiere derecho alguno sobre la herencia futura, y sólo concede determinadas facultades para distribuir en su día los bienes del fallecido entre los que son sus herederos con arreglo a la ley, por lo que no cae en la prohibición del 1271.

⁴¹ Para LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., p. 385, no había aquí pacto sucesorio al no quedar limitado el poder de disposición *mortis causa*. En la misma línea se sitúan DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 419 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones...*, t. II, cit., p. 247, para quien la delegación de la facultad de mejorar es una institución sucesoria, pero no de disposición, sino de distribución o división. Defiende que se trata de un supuesto de sucesión contractual *per relationem*, MIQUEL

También se considera el precepto como una excepción al artículo 670⁴², al contradecir el principio del personalismo al menos en su vertiente material, entendiendo por tal el que impide que determinadas decisiones se reenvíen a una voluntad ajena al negocio sucesorio, autorizando a otra persona para que, generalmente después de la muerte del causante, pueda designar sucesor, establecer la porción o bien en que la sucesión ha de tener lugar o decidir sobre la eficacia de las disposiciones del causante⁴³. No supone, sin embargo, quiebra alguna al personalismo formal⁴⁴, pues el facultado por el 831 no está testando por otro, no está actuando en nombre ajeno, sino disponiendo de bienes ajenos, pero actuando en nombre propio⁴⁵.

Consideran que es una excepción al artículo 1057.1 CC quienes, siguiendo la postura de Seco Caro, estiman que el viudo es un contador-partidor especial⁴⁶, puesto que el precepto citado exige que la facultad de hacer la partición se confiera a cualquier persona

GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1317. Entre las aportaciones más recientes, defiende el carácter de pacto sucesorio cuando la delegación se formaliza en capitulaciones matrimoniales, CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Madrid, 1999, pp. 94 ss e HIDALGO GARCÍA, S., «Algunas consideraciones acerca de la naturaleza y funcionamiento de la mejora», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García, op.cit.*, pp. 217-241, espec., p. 229; por el contrario, niegan la naturaleza de pacto sucesorio, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código civil*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, pp. 74-75; BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 139 ss.

⁴² De conformidad con el cual «*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.*»

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.» El artículo 831 es específicamente considerado como una excepción al artículo 670 en la STS de 20 de marzo de 1967, *Aranzadi Westlaw, RJ 1967\1665* (Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca) y por la generalidad de la doctrina (*vid. ad. ex. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona, Bosch, 1991, p. 228).

⁴³ En palabras de ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 18. No obstante para esta autora el 831 sólo es una excepción al 670 cuando la delegación se hacía en testamento; cuando era realizada en capitulaciones el precepto excepcionado sería el 658 (*ibid.* pp. 99 ss.). Tras la reforma de 2003 la exclusividad del vehículo testamentario significa, aún con esta tesis, que el 831 es una excepción al 670.

⁴⁴ En el mismo sentido del texto, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1122.

⁴⁵ Ya SECO CARO, E., *Partición...*, cit. pp. 118-119, consideraba que el artículo 831 no excepcionaba el párrafo primero del artículo 670, sino su párrafo segundo, pues en aquél se conceden al comisario las facultades necesarias para que atribuya el patrimonio a los sucesores según su criterio, o sea para que señale las cuotas hereditarias.

⁴⁶ SECO CARO, E., *Partición...*, cit. pp. 119-120. Ya con la versión actual, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «El cónyuge viudo como contador-partidor en el Derecho sucesorio español. (Art. 831 del Código Civil)», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2007, pp. 181-192. En contra, con la versión anterior, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 229.

que no sea uno de los coherederos, lo que con carácter general excluye al cónyuge viudo⁴⁷.

En este contexto la literatura jurídica considera de forma bastante habitual que se trata de una norma extraña al sistema del CC⁴⁸, recordando con cierta reiteración su inspiración en las instituciones forales. Al respecto ha tenido bastante fortuna en la doctrina la apreciación realizada en su día por Garrido de Palma⁴⁹ según la cual se deberían resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias, interpretando el 831 y, en su caso, integrándolo, por medio de la inducción de los principios generales que se extraen y que sirven de fundamento a dichas instituciones forales. A pesar del buen juicio que esta opinión ha merecido a otros destacados especialistas⁵⁰, permítaseme decir que en el contexto actual en absoluto los problemas de interpretación e integración de un precepto que forma parte del ordenamiento jurídico estatal pueden ser resueltos a la luz de otro ordenamiento jurídico, aunque éste sea el de las Comunidades Autónomas. El Derecho de éstas puede ser traído a colación para ayudarnos en la comprensión del artículo 831 del CC de varias maneras. Pudo estar, y de hecho estuvo, en el origen del precepto, y en tal sentido forma parte de sus antecedentes históricos lo que sí es un criterio interpretativo de conformidad con el artículo 3.1 del CC; ahora bien, en este caso la apelación indirecta a las fiducias sucesorias de los Derechos forales se hace también en su configuración histórica y en ningún caso a las notas que después del Código hayan ido adquiriendo hasta llegar al momento actual. Es cierto que el mayor desarrollo normativo de estas fiducias ha posibilitado la resolución expresa de problemas que van a plantearse de modo muy similar en el precepto del Código Civil; en tales casos las soluciones de los ordenamientos civiles autonómicos serán muy útiles a modo de comparación o contraste de planteamiento y solución posible de problemas⁵¹, pero nunca como instrumento de

⁴⁷ Para CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador-partidor... op.cit.*, pp. 96-97, el 831 supone «la derogación parcial de la norma de inaptitud para la práctica de la partición que el artículo 1057.1 CC sanciona, al permitir su realización por un sujeto, el cónyuge viudo, eventualmente heredero y en todo caso interesado en su resultado por razón de su cuota legitimaria».

⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2055, y ya con la redacción actual la considerada un «cuerpo extraño», RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 346; RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 164.

⁴⁹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código civil, *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, pp. 364-392, espec. pp. 373 y 392.

⁵⁰ Es el caso de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil...*, cit., p. 2055. En contra DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales...», cit., p. 905.

⁵¹ Tal vez a ello se refiere cuando dice que los preceptos del Derecho Foral pueden servir «para tomar ideas que pueden ayudarnos a resolver lagunas» pero que no cabe acu-

interpretación de la norma estatal ni mucho menos como fuente directa de integración de las lagunas que pueda tener. El recurso a los principios informadores de uno de esos ordenamientos no está previsto en nuestro sistema de fuentes, salvo en el caso de que tales principios coincidan con los del Derecho sucesorio del CC, en cuyo caso se apelará a éstos y no a aquellos. La llamada a cualquiera de esos ordenamientos autonómicos a título de Derecho supletorio es sencillamente inconstitucional: el artículo 149.3 de la CE considera que el Derecho del Estado es supletorio del de las Comunidades Autónomas, pero en ningún momento contempla la situación inversa⁵².

IV. REQUISITOS

1. De la delegación

A) Formales

Según se desprende del texto legal en la redacción de 2003 que ha seguido los consejos de alguna doctrina anterior, la delegación de las facultades previstas en el artículo 831 ha de hacerse, necesaria y exclusivamente, en testamento⁵³. De este modo la delegación rompe definitivamente con el carácter pactado que tenía en la redacción original del precepto donde se imponía la forma capitular⁵⁴ lo cual, con frecuencia, significaba la reciprocidad del encargo⁵⁵. Ahora la comisión se configura como un acto claramente unilateral y esencialmente revocable⁵⁶. En efecto, la forma testamentaria implica, por un lado, que sólo la muerte del comitente da

dir a los principios generales que inspiran tales preceptos, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1121.

⁵² GARCÍA RUBIO, M. P., «Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004, pp. 1939-1953, espec. pp. 1940 ss.

⁵³ Ya lo había dicho A. Fuenmayor, cuyo criterio recoge SECO CARO, E., *Partición...*, cit. p. 135; posteriormente también se hace eco Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 412.

⁵⁴ Si bien, como hemos dicho, a juicio de LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, ello no significaba que la fiducia realizada en capítulos tuviera un carácter de sucesión contractual en sentido estricto, pues no suponía una transmisión vinculante de la facultad de distribuir y mejorar, por cuanto el delegante conservaba su poder de disposición.

⁵⁵ Incluso parte de la literatura jurídica estimaba que la delegación realizada en capitulaciones debía ser necesariamente recíproca, lo que la mayoría negaba (al respecto, VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 53).

⁵⁶ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 165. Este mismo autor plantea la duda sobre el destino de la facultad conferida al amparo de la legislación anterior

eficacia definitiva a la delegación y por otro, que el mismo puede dejar sin efecto el encargo en cualquier momento, bien otorgando un testamento posterior revocatorio del precedente donde delegaba las facultades⁵⁷, revocación que puede ser directa si retira explícitamente el encargo, o indirecta, si dispone *mortis causa* con asignación de todos sus bienes o si realiza actos de disposición *inter vivos* que dejen vacía de contenido la fiducia⁵⁸. La limitación a la forma testamentaria implica también, en la actual redacción, que la única posibilidad de atribución recíproca de la facultad de mejorar es que cada uno de los interesados lo haga a favor del otro en su respectivo testamento, recordando, eso sí, la libre revocabilidad de ambas disposiciones⁵⁹.

En este punto no deja de causar cierta sorpresa la decisión de eliminar el carácter paccionado a la institución, y ello por varias razones. La primera, porque en aquellas zonas donde el artículo 831 se ha utilizado históricamente con alguna intensidad, el vehículo de la delegación ha sido, precisamente, el capitular⁶⁰. La segunda, porque se da una cierta contradicción entre el espíritu de ampliación de sus posibilidades que anima la nueva regulación de la delegación de la facultad de mejorar, y la supresión de una de las dos formas de delegación, tanto más cuanto con el instrumento ahora vedado se podían alcanzar resultados similares a los obtenidos con el testamento⁶¹. La tercera, porque en los tiempos actuales la literatura jurídica referida al Derecho de Sucesiones del Código civil se muestra cada vez más proclive a introducir una mayor permisividad en la aceptación de los pactos sucesorios⁶², calificación cuando menos próxima a la figura ahora vedada. Fren-

mediante capitulaciones, que según su parecer, de acuerdo con las normas de Derecho transitorio, surtirá efectos.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, en relación con la versión de 1981, cuando la delegación se realizaba en testamento. La exclusividad de la forma testamentaria deja sin sentido la discusión que había dividido a la doctrina en relación con la versión del 831 procedente de la reforma de 1981, sobre los efectos de unas capitulaciones posteriores al testamento en el que se delegaba la facultad, contradictorias con ésta, (*vid.*, por todos, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 172 ss.).

⁵⁸ Pues como dice TORRES GARCÍA, T., «Disposiciones testamentarias...», cit., p. 26, el eje de la revocación es la voluntad del testador.

⁵⁹ ESPINOSA INFANTE, J. M., *Derecho de Sucesiones. Contestaciones al programa de oposiciones de Notarías*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 171.

⁶⁰ La supresión del vehículo de las capitulaciones es considerada lamentable por RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 492. También la crítica RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 191, para quien la delegación en capitulaciones responde mejor al espíritu de la figura, que es la concordia de voluntades dentro de la pareja para buscar el bien común de los hijos.

⁶¹ A resultados idénticos, cuando no mejores se refiere RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 492.

⁶² *Vid.* entre otros, SÁNCHEZ ARISTI, R., «Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, cit., pp. 477-541, *passim*.

te a todo ello pocos argumentos favorables a la supresión pueden utilizarse. No parece que la extensión de la figura a las parejas no casadas con hijos comunes, quienes no pueden celebrar capitulaciones, sea argumento bastante para negar este vehículo a los casados⁶³. Ni siquiera la búsqueda de la absoluta revocabilidad de la delegación, puesto que incluso la pactada en capitulaciones matrimoniales puede ser dejada sin efecto si el propio delegante lo desea, ya que conserva intacta la facultad de disposición sobre sus propios bienes. No debe extrañar pues que algún autor mantenga, aún después de la última redacción, que en cierta medida sigue siendo posible delegar la facultad de mejorar en capitulaciones; así para Rams resulta lícito cometer el encargo en capítulos en los que se incluye la promesa de mejorar, pues la letra del nuevo artículo 831 silencia la cuestión, pero no la niega y, además, la reforma tampoco ha derogado los artículos relativos a la mejora acordada en capítulos⁶⁴. Aun reconociendo las buenas intenciones de esta argumentación, estimo que el texto de la norma parece excluir cualquier vehículo que no sea el testamentario.

El acto que cumpla con los requisitos y exigencias de las formas testamentarias será un testamento en sentido material, aún cuando contenga como previsión única la delegación de la facultad de mejorar y distribuir prevista en el artículo 831⁶⁵.

B) *Subjetivos*

El delegante puede ser cualquier persona quien, después de 1981 podía fallecer testado o intestado si bien, tras la última reforma del precepto, ha de tener capacidad para testar al ser ésta la única forma válida de hacer la delegación. Puede tratarse de un discapacitado en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 41/2003⁶⁶, y hasta de un incapacitado, quien puede testar en momentos de lucidez en las condiciones previstas en el artículo 665 del CC.

⁶³ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 124 encuentra la razón de ser de la eliminación en la previsión del 831.6, pero no lo considera justificado para el caso de que efectivamente se trate de cónyuges; también baraja como posible este argumento, RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 347; asimismo lo baraja, LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., pp. 50-51, quien añade además como razón la inexistente costumbre de capitular en el Derecho común y el problema que representaba la revocación o modificación de la facultad contenida en capítulos.

⁶⁴ RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 347.

⁶⁵ En el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor...*, cit., p. 104, nota 77 y p. 131; BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 207.

⁶⁶ Conforme al cual «A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento».

Hasta la reforma de 2003 la facultad que tratamos sólo podía delegarse al cónyuge sobreviviente⁶⁷, siendo preciso además que el matrimonio subsistiera al fallecer el autor de la delegación. La nueva redacción permite que la facultad se otorgue al cónyuge o a la persona que comparta con el causante descendencia común aunque nunca hubieran estado casados⁶⁸. A pesar de que algunos de los autores que han comentado el nuevo precepto parecen equiparar la referencia del artículo 831.6 con la institución de la pareja de hecho o convivencia *more uxorio*⁶⁹, no se trata de realidades equivalentes pues, cualquiera que sea la inteligencia de esta última institución en sus diferentes denominaciones doctrinales y legales, lo cierto es que en todas ellas se exige la convivencia, lo cual no sucede con la expresión del aludido número seis del artículo. En efecto, este precepto para nada reclama que los sujetos con descendencia común que pueden protagonizar nuestra figura hayan convivido juntos; como señalan algunos autores, simplemente han de existir los hijos comunes y la confianza en lo que el otro progenitor decida, aunque no exista pareja⁷⁰.

Es más, puestos a analizar el texto legal debe observarse que el número seis del precepto menciona a las personas (no casadas entre sí) que tengan, no hijos comunes, sino «descendencia común», lo que literalmente autorizaría la delegación hecha, por ejemplo, por el abuelo materno a favor del padre de sus nietos, con quien no está casado y con quien comparte descendencia común. No creo que esta sea la voluntad del legislador, que simplemente trata de equiparar a todos los efectos la posición de su viudo y de los hijos nacidos de esa unión matrimonial con la del núcleo familiar compuesto por la persona con quien tuvo hijos sin contraer matrimonio y esos

⁶⁷ Si bien el concedente de la facultad no tenía por qué estar casado con el delegado en el momento en el que se la confería al otro; es más, en la versión original del precepto normalmente no lo estaría, al ser las capitulaciones de otorgamiento prenupcial. No obstante también cabían otras interpretaciones, como la que entendía que la atribución de la facultad se podía hacer en las capitulaciones del hijo a quien se hace la donación por razón de matrimonio (*vid.* la doctrina recogida por BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 146). Además la doctrina ya se había planteado la posible extensión a las parejas no casadas, al menos desde la reforma de 1981 (*vid.* MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit. p. 1312).

⁶⁸ Siguiendo el criterio que sustentó en su día Díez Gómez, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 415.

⁶⁹ Así, por ejemplo, Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 435; Robles Perea, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 157; López Beltrán de Heredia, C., «El artículo 831...», cit., p. 1152; Rueda Esteban, L., «La fiducia sucesoria...», cit., pp. 167-168 y p. 200, quien además considera la equiparación con el viudo muy perturbadora en la interpretación del precepto.

⁷⁰ Rivas Martínez, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 487; Pereña Vicente, M., «El derecho sucesorio...», cit., p. 1832; Espinosa Infante, J. M., *Derecho civil...*, cit., p. 171.

mismos hijos. Fuera de esos supuestos, no cabe la delegación⁷¹. De la naturaleza de la facultad conferida se deduce, sobremanera, el carácter personalísimo de la delegación⁷².

En este nuevo escenario no se debe dejar escapar que, tratándose de una delegación entre cónyuges, las facultades del autorizado provenientes del artículo 831 se añaden a los derechos sucesorios del cónyuge –al menos, su legítima–, con los cuales suele actuar en forma sinérgica⁷³. En caso de que el facultado hubiese sido pareja de hecho del otorgante habría que ver si le corresponden o no derechos sucesorios en la herencia del primero los cuales, a pesar de lo que se establezca en cualquiera de las leyes de pareja existentes en el Estado español, vendrán determinados por la vecindad civil del causante que, por hipótesis, es la común, pues si no fuese así tampoco sería de aplicación el reiterado artículo 831. Esto significa a día de hoy que los derechos sucesorios legales del otro miembro de pareja son inexistentes, al igual que sucede cuando se trate simplemente del otro progenitor de la descendencia común; en ambos casos, si el causante no los ha designado como sucesores voluntarios, ninguna sinergia será posible⁷⁴.

Desde la perspectiva de los sujetos favorecidos por la delegación, el nuevo tenor del precepto al aludir a «hijos y descendientes comunes» como destinatarios de la eventual distribución y/o mejora resuelve una polémica histórica en relación con la posibilidad de mejorar al nieto en vida del padre o madre⁷⁵. Las versiones de 1889 y 1981 sólo hablaban de «hijos comunes» lo cual provocaba que la doctrina discrepase respecto a la posibilidad de entender incluidos también en el ámbito subjetivo de la delegación a otros descendien-

⁷¹ No puede delegarse a favor de otras personas ni del propio mejorado, por ejemplo, la facultad que el artículo 829 confiere al testador de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse, porque todos los actos en que se desenvuelve la testamentación son personalísimos por su naturaleza (vid. ya la STS 16 de junio de 1902, *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia civil*, t. XI, vol. I, enero-junio 1902, pp. 980-991).

⁷² RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 165.

⁷³ Es frecuente que el consejo notarial acompañe la delegación de facultades del 831 con el usufructo universal del viudo, con las cautelas impuestas por imperativo legal en el Código Civil. No obstante, ambas instituciones, usufructo universal y delegación de la facultad de mejorar no aparecen necesariamente unidos, como parecía suceder en el artículo 159.2 de la LDC Galicia de 1995 (vid., sin embargo, otra interpretación en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Comentarios...», cit., p. 1105) o, salvo disposición en contrario del testador, en el artículo 105 LDCFP Vasco.

⁷⁴ Como tampoco lo será, si el delegado conserva las facultades dimanantes del artículo 831, en caso de nulidad, divorcio o separación de los cónyuges (todas las dudas quedan despejadas respecto de los derechos sucesorios del cónyuge separado después de la Ley 15/2005).

⁷⁵ Vid. en ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La mejora en favor de los nietos*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 18 y ALBALADEJO GARCÍA, M., *La mejora*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p.116, las interesantes razones fiscales para mejorar al nieto en vida del padre.

tes no legitimarios⁷⁶, polémica que hoy parece considerarse totalmente superada por la admisión expresa de esta posibilidad. Sin embargo, merece reflejo la opinión minoritaria según la cual si el causante no ha instituido heredero o legatario al nieto en cuestión, no puede el fiduciario mejorarlo, ya que la facultad delegada no incluye la posibilidad de instituir, sino únicamente la de mejorar y partir⁷⁷.

Es de notar que si a partir de la entrada en vigor del nuevo tenor del artículo 831 se mantiene que el destinatario de la delegación puede mejorar a los nietos comunes aún cuando viva el hijo de delegante y delegado, con mayor razón podrá realizar este tipo de mejora el causante de la sucesión.

Puesto que ninguna cortapisa se establece al respecto, los hijos podrán ser tanto biológicos como adoptivos. También los concebidos e incluso, según algunos, los no concebidos⁷⁸. Si alguno de ellos estuviese incapacitado se aplicarán las normas generales sobre representación legal⁷⁹, las cuales en la mayor parte de los casos convertirán en representante precisamente al facultado por el 831.

Dice Albaladejo que, tratándose de hijos podrán ser favorecidos por el delegado incluso si éstos han incurrido en indignidad o desheredación⁸⁰. Ahora bien, en el caso de la desheredación la afirmación del autor citado debe ser, cuando menos, matizada, pues de conformidad con el artículo 849 del CC *«La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa en que se*

⁷⁶ Vid. las distintas opiniones al respecto, en las versiones de 1889 y 1981, en BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 160 ss.

⁷⁷ En tal sentido, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit, p. 272, para quien si el testador no instituyó heredero o legatario en su testamento al nieto no legítimo, no puede el cónyuge fiduciario otorgarle beneficio en una sucesión a la que no es llamado por el causante, salvo que sin llamamiento directo, el testador contempla la posibilidad de que el fiduciario beneficie al nieto no llamado. También, en sentido similar MINGORANCE GONSÁLVEZ, C., «El cónyuge viudo...», cit., p. 190.

⁷⁸ ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La mejora...*, cit., pp. 92-93 y ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 93, ambos siguiendo el criterio de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 427. La primera dice literalmente «¿Podría el causante encomendar al cónyuge, en virtud del artículo 831 que mejorase a su libre arbitrio a los nietos, bien a los existentes en el momento del fallecimiento del causante, o bien a aquellos, incluidos los nacidos con posterioridad a su muerte, que viviesen (o estuviesen concebidos) cuando el cónyuge viudo ejercite la facultad de mejorar y distribuir?. la primera opción tiene una clara respuesta afirmativa... En este último caso, de testar afirmativamente, es evidente que resultan beneficiados con la mejora quienes no existían aún ni tenían capacidad para suceder al cónyuge premuerto. Consideramos que efectivamente el cónyuge viudo puede mejorar a nietos que procedan de esa descendencia común aunque hayan nacido después de la muerte del causante, siempre que hayan nacido (o estén concebidos) cuando el cónyuge ejercita su facultad de mejorar y distribuir los bienes del causante, complementando la voluntad sucesoria manifestada por éste».

⁷⁹ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 164.

⁸⁰ ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 92.

funde»; supongamos que, efectivamente, uno de los hijos comunes ha incurrido en causa de desheredación: entonces, si el causante no la ha hecho valer, la causa no produce efecto alguno, pues no creo que el facultado por el 831 pueda –en su propio testamento– desheredar a un hijo común respecto de la herencia del premuerto⁸¹; por el contrario, si el causante había hecho valer en testamento la causa de desheredación y en el mismo acto o en otro posterior encomienda la fiducia, salvando siempre que sea otra la voluntad del testador, el descendiente común ha de entenderse desheredado y nada podrá hacer en contrario el facultado, ya que en este caso la disposición testamentaria de desheredación constituye uno de los límites infranqueables de las facultades delegadas, según lo establecido por el propio precepto. Por su parte, si alguno de los descendientes comunes se hallaba incurrido en causa de indignidad y el causante lo había rehabilitado por cualquiera de las vías previstas en el artículo 757, pocas dudas caben sobre la posibilidad de que el facultado por el 831 lo incluya en el círculo de favorecidos; muchas más suscita la posibilidad, que no creo que exista, de que sea el otro progenitor, facultado en virtud del 831, el que pueda rehabilitar al indigno, no solo porque el mencionado 757 se refiere exclusivamente al testador (*rectius* difunto), sino también porque la remisión de la pena privada que significa la rehabilitación constituye una declaración de voluntad personalísima y no delegable.

Con anterioridad a 2003 la doctrina discrepaba sobre la posibilidad de ejercicio de la facultad delegada cuando coexistían hijos comunes e hijos no comunes, bien fuesen estos últimos hijos del concedente, bien del autorizado⁸². Ahora estimo, con la mayoría de la doctrina, que la respuesta positiva está claramente recogida en el número cuatro del precepto, a pesar de que algunos autores no lo vean así, o incluso entiendan que existe una cierta contradicción entre este número cuatro y el número uno del propio artículo 831 que se limita a los hijos comunes⁸³. Lo cierto es que en el primer párrafo del artículo 831.4 se mencionan las legítimas que favorecen a quien no sea descendiente común como límite de las

⁸¹ Además de que, más allá de las causas de indignidad que pueden dar también lugar a la desheredación, las específicas de ésta en relación con los hijos y descendientes suponen una conducta reprobable precisamente en relación con el que deshereda, lo que de permitir que el facultado por el 831 pudiese desheredar respecto de la herencia del premuerto supondría que la negación de alimentos o el maltrato al padre superviviente supondría la pérdida de la herencia del premuerto.

⁸² En realidad, como señala VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 59, si son hijos del viudo/viuda no existe ningún problema, ya que no tienen derecho a la sucesión que tratamos; el obstáculo –hoy superado– se presenta cuando los hijos no comunes lo son del cónyuge premuerto, ya sean de un matrimonio anterior, extramatrimonial o adoptados sólo por el premuerto.

⁸³ Así lo entiende RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348.

facultades del delegante; es verdad que esta legítima pudiera ser la del viudo o viuda del comitente, resultado de un sucesivo matrimonio o del único matrimonio del causante, pero en todo caso con quien no ha tenido descendencia, lo que seguiría situándonos en un escenario en el que no concurren descendientes comunes y no comunes. Sin embargo, el segundo párrafo de ese mismo artículo 831.4 ya no deja dudas sobre esa eventual concurrencia, pues ya se menciona expresamente el caso de preterición no intencional del descendiente que no lo sea del supérstite –mejor sería decir del fiduciario o delegado, pues ya se ha visto que el cónyuge supérstite puede ser otro–.

No cabe duda que la concurrencia de descendencia común del delegante y delegado con quienes lo sean sólo del primero puede, desde el punto de vista práctico, complicar el supuesto⁸⁴. En todo caso y aún cuando resulte obvio decirlo, la coexistencia de hijos comunes y no comunes no impide el ejercicio de la delegación, pero no cabe hacerlo sino a favor de los que sean comunes.

En cualquier caso debe subrayarse que los favorecidos con la delegación son sucesores del testador que otorgó la facultad y no del titular de la facultad delegada, aun cuando ésta, como se verá posteriormente, pueda significar que se sucede exclusivamente en bienes del supérstite⁸⁵. Los bienes y derechos recibidos por el favorecido lo son por sucesión *mortis causa* del delegante, quien además podrá en su caso predeterminar el título sucesorio, de suerte que los efectos de la adquisición patrimonial se han de retrotraer al momento de apertura de su sucesión.

Todo lo dicho implica que, aun cuando esos sucesores no recibían su parte en la herencia del delegante directamente del causante, la delegación *ex* artículo 831 impide *ex ante* la preterición de los descendientes comunes⁸⁶.

⁸⁴ Así, por ejemplo, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4298, plantea la situación que puede darse cuando el causante ha estado casado y tiene hijos de ese matrimonio; posteriormente –incluso sin disolución matrimonial– tiene hijos con otra persona con la que no se ha casado y en la que, puesto que ahora se permite, delega las facultades previstas en el artículo 831 para que las ejercite en relación a los hijos de ambos; estas facultades pueden estar referidas a bienes que acaso se encuentren en su patrimonio conyugal, en cuya distribución no puede, obviamente, entrar el fiduciario, conviviente supérstite, por lo que únicamente podrá aquél ejercitar las facultades que le fueron conferidas cuando tales bienes le hayan sido adjudicados a esos hijos en la herencia de su padre.

⁸⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4288; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 120.

⁸⁶ Como recuerda, HIDALGO GARCÍA, S., «Algunas consideraciones...», cit., p. 226. Preterición que sí se producirá si, posteriormente, el fiduciario no menciona en el acto de ejecución de la fiducia a uno de esos descendientes comunes, como señala en relación al derecho aragonés DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, 2.ª ed. Actualizada por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, La ley, 1999, p. 291.

C) *Objetivos*

En la versión original la forma capitular evocaba que la delegación hacía referencia exclusiva a los bienes comunes, evocación que ya desapareció totalmente con la reforma de 1981 que admitía la forma testamentaria de la fiducia⁸⁷. Actualmente el causante otorga una facultad que puede estar referida no sólo a sus propios bienes –todos o algunos, si limita las facultades a éstos y salvadas siempre las legítimas– sino incluso a los bienes de la sociedad conyugal (bienes comunes en el caso de parejas no casadas con descendencia común). Es más, según se notará posteriormente, el ejercicio de la delegación puede terminar por implicar incluso a bienes propios del titular de las facultades (art. 831.3 *in fine*).

2. Del ejercicio de la facultad

A) *Capacidad*

Aunque no se diga expresamente, el favorecido con las más amplias facultades derivadas del artículo 831 CC tiene que tener capacidad para disponer, pues está ejercitando una facultad de disposición de bienes de otro. Sin embargo, como ya se apuntaba precedentemente, nada impide que se trate de un discapacitado en el sentido del artículo 2 de la Ley 41/2003.

Tradicionalmente se venía diciendo que en los supuestos de indignidad⁸⁸ o desheredación justa del viudo, se extinguía la fiducia⁸⁹, lo que significaba que la pérdida de la condición de sucesor por parte del cónyuge a modo de sanción privada, implicaba también la pérdida de la confianza que estaba en la base del encargo. Sin embargo, con la redacción vigente del precepto ha de revisarse este criterio, puesto que la indignidad es una categoría pensada para los sucesores y no para los ejecutores de la voluntad del causante, ni para los que tienen concedida la facultad de mejorar⁹⁰, y ahora no cabe olvidar que puede ser favorecido con la fiducia quien no es sucesor del causante ni, por supuesto, legitimario, sino simplemente padre o madre de todos o algunos de los hijos del causan-

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456.

⁸⁸ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 144 y 208.

⁸⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 411; ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., pp. 71-72; BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 178; también lo considera así con la versión actual, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1124.

⁹⁰ Como acertadamente señala RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 192.

te. No obstante, el carácter siempre reprobable de las causas de indignidad y de desheredación y la quiebra de la confianza en el sujeto que incurre en ellas hacen pensar que, tanto si es sucesor del delegante, como si no lo es, el favorecido con la delegación pierde sus facultades si incurre en cualquiera de los supuestos del artículo 756⁹¹, salvo que el propio causante lo hubiera rehabilitado en los términos previstos en el artículo 757 del CC, aunque reconozco que el tenor literal del artículo 743 del CC no se cohonesta bien con lo dicho cuando el delegado no es sucesor del delegante⁹². En el caso de la desheredación la situación es todavía más complicada, puesto que para que juegue como tal el incurso en ella ha de ser un legitimario. A día de hoy en el sistema del CC ésta es la situación del viudo, pero no la del progenitor de hijos comunes con el causante cuando no está casado con éste o está separado⁹³, o divorciado, o el matrimonio ha sido declarado nulo. No tendría sentido pensar que de incurrir en alguna de las reprobables conductas del artículo 855 el viudo desheredado en testamento quedaría apartado de la fiducia, mientras que con idénticas conductas, el progenitor no viudo mantendría intactas las facultades derivadas del artículo 831 puesto que no podría ser técnicamente desheredado. En realidad estamos ante un ejercicio puramente intelectual pues, con toda probabilidad, el causante conecedor de que el padre de sus hijos, cónyuge o no, incurre en alguna de las causas previstas en el artículo 855 no utilizará en su favor las posibilidades del artículo 831 o revocará las ya otorgadas. Con todo, sirve para poner de relieve los muchos problemas que puede acarrear introducir novedades aisladas en un precepto como el reiterado 831, destinadas inexorablemente a chocar con el conjunto del sistema.

B) *Aceptación del encargo*

Cuando la delegación se realizaba en capitulaciones matrimoniales el consentimiento de quien iba a ser comisionado por el causante se producía en el mismo momento de la delegación. Actualmente la situación ha cambiado, porque ahora la comisión de facultades es resultado de un acto unilateral del comitente –un testamento– en el que no concurre la voluntad del comisionado. Por

⁹¹ Repárese especialmente en el nuevo núm. 7.º del artículo 756 del CC, introducido precisamente por la Ley 41/2003, y que en lo que ahora nos atañe afecta al sucesor que hubiera negado alimentos al delegante discapacitado. Con la nueva redacción mantienen idéntica opinión en relación con el cónyuge favorecido, ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 161, y RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., pp. 171 y 192.

⁹² «... o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.»

⁹³ Lo que queda claro tras la modificación de los artículos 834 y 945 por Ley 15/2005.

ello parece adecuado considerar que para que la delegación de facultades produzca sus efectos ha de concurrir la aceptación del sobreviviente, quien ha de mostrarse dispuesto a realizar el encargo⁹⁴. No resulta sensato estimar que nos hallamos ante un acto debido cuya no realización pueda ocasionar algún tipo de sanción para el facultado, pues éste siempre tiene la posibilidad de no realizar el encargo, bien dejando transcurrir el plazo voluntario o legal que tenga para ejecutarlo, bien no efectuándolo en su testamento cuando ésta fuera la vía oportuna⁹⁵.

Por consiguiente, es precisa la aceptación por parte del facultado, si bien no ha de revestir forma solemne alguna. De hecho muchas veces su voluntad de aceptar la comisión será meramente tácita, derivada precisamente del hecho concluyente de cumplir el encargo. Parece, no obstante, que una declaración solemne de rechazo de la comisión debería ocasionar la extinción de la delegación⁹⁶.

C) *Formales*

Pocas dudas caben ya con la nueva redacción sobre el hecho de que la facultad delegada puede ejercitarse tanto en testamento como en un acto *inter vivos*. Aunque con opiniones contrarias⁹⁷, buena parte de la doctrina admitía ya la doble posibilidad con la redacción anterior del precepto⁹⁸. Es de destacar ahora, como novedad expresa de la redacción de 2003, que la facultad delegada de distribución o mejora se pueda ejercitar en el propio testamento del favorecido con la delegación, testamento que, en mi opinión, puede revestir cualquier forma legítima⁹⁹. A juicio de algún autor esta previsión expresa de utilización del vehículo testamentario

⁹⁴ La posibilidad teórica de una delegación unilateral era prevista, con la versión original del precepto, por SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 113, quien en tal hipótesis señalaba «... delegación que posteriormente podría aceptar o no aceptar el viudo».

⁹⁵ Por la voluntariedad del encargo para el viudo se pronuncia también RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 193.

⁹⁶ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 208, admite la posibilidad de renuncia del delegado, con fundamento en el entonces vigente artículo 4.2 del CC, si bien estima que ha de revestir forma auténtica. La renuncia es contemplada también por MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 450.

⁹⁷ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 96-97.

⁹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 411; ALBALA-DEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 83; quien hace interesantes reflexiones sobre las posibilidades que ofrece el ejercicio de la facultad en testamento, al permitir resolver hasta los momentos finales si se merece la mejora y por quién, o si es oportuna y para quién. Parece que este tipo de consideraciones están en la mente del legislador de 2003, y se plasman en la Exposición de motivos cuando vincula la fiducia con la protección de los discapacitados.

⁹⁹ En contra, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 187, para quien el testamento donde se ejercita la fiducia ha de ser necesariamente notarial.

supone una aproximación a la figura histórica castellana del testamento por comisario, si bien aquí no se está testando por el fallecido como se entendía en el Derecho histórico de Castilla, sino ejecutando una disposición testamentaria de otro¹⁰⁰. Desde luego, lo que se pone de manifiesto con la previsión es la posibilidad de que el comisionado culmine el proceso sucesorio del comitente al mismo tiempo y en el mismo acto que ordena su propia sucesión¹⁰¹.

La previsión del segundo párrafo del artículo 831.1 dice literalmente «*Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento [...]*», lo cual permite resolver hasta el último momento el destino de la facultad delegada. En principio, como dice Roca Guillamón, la mención debe ser interpretada en el sentido de que no porque se le haya conferido necesariamente ha de utilizar ese instrumento para hacer la distribución de bienes o mejoras, pues los términos literales son de facultad y no de imposición¹⁰²; sin embargo, nada impide que el otorgante de la fiducia limite su ejecución a la utilización del vehículo testamentario, supuesto en el que al sobreviviente le estará vedada cualquier otra posibilidad¹⁰³. Con todo, es probable que el ejercicio testamentario de la facultad delegada sea el más frecuente en el caso de que la institución pretenda conseguir la función de protección de los descendientes discapacitados, pues en la mayoría de las ocasiones dicha protección será garantizada por el ascendiente supérstite mientras viva, quien tratará de asegurarla tras su muerte a través de los poderes delegados.

Como ya se ha apuntado, la vía testamentaria para el ejercicio del encargo permite al comisionado la disposición conjunta del patrimonio del causante y de su propio patrimonio, lo que en ocasiones puede plantear problemas de interpretación del testamento del fiduciario. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el comisionado se limite a hacer una disposición general respecto de los hijos comunes, sin distinguir entre los bienes del causante y los suyos propios, lo cual hoy es perfectamente posible, tanto si se imputa a

¹⁰⁰ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 166; ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4288, quien estima que la referencia al testamento por comisario lo es en el sentido que la institución tiene en la Ley 3/1992, del Derecho civil Foral del País Vasco.

¹⁰¹ Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, t. II, cit., p. 248, se trataría de una especie de testamento mancomunado.

¹⁰² ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4289. Para ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 19, aún no autorizado a hacerla en testamento puede (el facultado) hacerla en éste y valdrá la hecha en testamento si éste entrara en vigor en el plazo establecido y, si no se señaló, uno, en los dos años.

¹⁰³ Previsión que configura como condición, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4289.

ambas herencias, como únicamente a la del premuerto. El decidir cuándo se hará una u otra asignación es una cuestión que va a depender del sentido atribuido a las disposiciones testamentarias del propio fiduciario.

El párrafo segundo del artículo 831.1 permite ahora que las mejoras, atribuciones o adjudicaciones puedan realizarse «*en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos*», lo que parece suponer el rechazo de la concepción estricta según la cual el ejercicio de las facultades delegadas sólo puede hacerse en la partición, sustentada en su día por Seco Caro¹⁰⁴ y que buena parte de nuestra doctrina rechazaba ya con anterioridad a 2003. El ejercicio *inter vivos* supondrá, entre otras, la posibilidad de hacer atribuciones en concepto de mejora con entrega inmediata de bienes, supuesto en el que será aplicable el 827 del CC.

La referencia a la realización en un solo acto parece estar pensando en que la facultad se ejercite por vía testamentaria, mientras que la referencia a varios¹⁰⁵ estaría más bien prevista para el ejercicio progresivo *inter vivos*. En el primer caso es muy probable que el testamento del facultado disponga conjuntamente de su propia herencia y de la del delegante en los términos del 831, pudiendo limitarse, respecto de los hijos comunes, a hacer una disposición general que, como se ha dicho ya, puede suscitar dudas respecto a la imputación a una u otra sucesión. En este supuesto, ya planteado por la doctrina anterior a la reforma de 2003, habrá de interpretarse el testamento del delegado, acudiendo a todos los medios disponibles, incluidos los llamados extrínsecos. Puede mantenerse, como regla general, que un testamento otorgado por el fiduciario después de la delegación y en circunstancias que llevarían a afirmar que el testador conocía el encargo, permite suponer que se refiere a la sucesión de los dos; en cambio, es imposible interpretar que un testamento otorgado por el fiduciario antes de la delegación sea un modo de ejercitar ésta¹⁰⁶, por lo que habrá de entenderse excluida la sucesión del prefallecido.

D) *Revocabilidad*

En principio, como corresponde a la naturaleza del vehículo utilizado, si el supérstite ejercita la facultad delegada en testamento

¹⁰⁴ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., *passim*.

¹⁰⁵ Con buen criterio señala RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 192, que la referencia a que sean «simultáneos o sucesivos» no aporta nada, por lo que es totalmente superfluo.

¹⁰⁶ En palabras de Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 418.

la decisión será revocable¹⁰⁷, pudiendo cambiarla en testamentos posteriores. Aunque ya con las versiones anteriores había autores que opinaban lo contrario, al estimar que se trataba de un supuesto similar al del reconocimiento del hijo hecho en testamento que no se podrá revocar¹⁰⁸, no parece que existan razones suficientes para estimar excepcionado en este caso el principio general de revocabilidad de las disposiciones testamentarias. Ningún fundamento tiene su consideración como supuesto de testamento por tercero, que se perfeccionaría irrevocablemente desde su realización ya que, como se ha dicho, no es ésta la figura acogida en la norma.

Si las facultades se ejercitan en un acto *inter vivos* difícilmente puede considerarse una donación puesto que, como regla, se atribuirán bienes del difunto que, tal y como se ha anticipado, se recibirán por título sucesorio¹⁰⁹. Incluso en el caso de que el facultado satisfaga suficientemente las legítimas o las disposiciones del causante con sus propios bienes (art. 831.3, párrafo tercero *in fine*) está pagando algo que debe y por lo tanto falta en la actuación del delegado la nota de gratuidad imprescindible para que pueda hablarse de donación.

El acto atributivo, en principio unilateral, precisará, sin embargo, para su plena eficacia de la aceptación de los favorecidos (arg. 831.1, párrafo tercero *in fine*). Se trataría entonces de un pacto sucesorio en el sentido amplio del término, puesto que es un pacto o contrato referido a una sucesión, pero no a una herencia o sucesión futura puesto que se refiere a una, la del otorgante de la delegación, que ya está abierta; por lo tanto, no entraría en la prohibición del artículo 1271.2 del CC, ni en otras concordantes con ésta, como la contenida en el artículo 816 del CC¹¹⁰.

Tratándose de una decisión pactada de naturaleza particional habrá de ser irrevocable¹¹¹. Así, Garrido de Palma considera que si el fiduciario con los herederos distribuye, reparte y transmite a los mismos los bienes del difunto (incluso bienes propios), la donación-partición (*sic*) efectuada es firme e irrevocable¹¹². Sin embar-

¹⁰⁷ ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 87; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 166; RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186; SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 276.

¹⁰⁸ ALPAÑÉS, E., «La delegación de la facultad...», cit., pp. 303-304.

¹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., p. 457.

¹¹⁰ De suerte que, como señala BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 141, el cónyuge facultado, abierta la sucesión, podría llegar a acuerdos tales como «mejoro a mi nieto, tu hijo, si renuncia a la legítima que te corresponde en la sucesión del causante o al complemento de ella».

¹¹¹ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186.

¹¹² GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., p. 130, quien además considera un refuerzo de su tesis el retoque que la Ley 7/2003 ha dado al artículo 1271 del CC, añadiendo a su redacción «... y otras disposiciones particulares».

go, como ya se dijo y negando la idoneidad de cualquier referencia a la donación, por aplicación del artículo 827, tratándose de una mejora será revocable aunque se haya hecho con entrega de bienes, a menos que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato sucesorio celebrado con un tercero, en los mismos términos en los que lo sería si la mejora la hubiera hecho el propio causante¹¹³.

E) *Objetivos*

Las mejoras, adjudicaciones o atribuciones hechas por quien ejercita las facultades delegadas pueden hacerse, según se desprende del 831.1 del CC tanto en bienes específicos y determinados, como en cuota. En el primer caso y como novedad expresa a la que ya he aludido varias veces, el texto legal permite que los bienes objeto de la atribución o mejora hechas por el supérstite sean no sólo del causante, sino también de la sociedad conyugal no liquidada o, incluso, bienes pertenecientes exclusivamente a quien ejercita las facultades (argumento art. 831.3, párrafo tercero *in fine*). Que pueda tratarse de bienes comunes, significa, en palabras de RUEDA Esteban «[...] una conmixtión de patrimonios que responde a un interés del legislador en que se haga la partición del patrimonio familiar de una forma sincronizada y ordenada»¹¹⁴. En definitiva viene a significar la consideración del patrimonio de ambos cónyuges como un todo unitario a efectos sucesorios, vieja aspiración en nuestra literatura jurídica y que supone, a mi entender, el paso adelante más significativo de la nueva regulación. Sobremanera se consagra la posibilidad de una atribución o mejora en cosa ajena como vehículo de satisfacción de un derecho sucesorio. Teniendo en cuenta su carácter excepcional, Albaladejo ha estimado preferible excluir, al menos como regla, que quien tiene delegada la facultad de mejorar pueda hacerlo con bienes no hereditarios si el concedente no lo ha especificado así¹¹⁵, opinión que no se puede compartir, pues lo cierto es que el tenor del precepto no establece ningún tipo de cortapisa a una u otra modalidad de pago.

Cuando en el ejercicio de sus funciones el fiduciario dispone de bienes del causante está ejercitando una facultad de disposición

¹¹³ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 19; ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4292.

¹¹⁴ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186; añade además el autor citado que ello supone la modernización de la finalidad familiar de la antigua norma, de procurar el mantenimiento de la autoridad del viudo o viuda para lograr el acierto en la elección.

¹¹⁵ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 10.

sobre patrimonio ajeno; pero, como se ha dicho y reitero, puede asimismo disponer de bienes comunes y también de bienes de su exclusiva propiedad.

F) *Temporales*

Siguiendo la estela de la versión de 1981 que, a diferencia de la original, estableció un plazo subsidiario de un año para el ejercicio de la facultad por el viudo, se dispone ahora en el segundo párrafo del 831.1 lo siguiente:

«[...] Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.»

Por consiguiente, el ejercicio de la fiducia contenida en el precepto está sometido a un plazo legal o voluntario, que representa el lapso de tiempo en el que debe ejercerse la delegación y cuyo transcurso implica la extinción de la fiducia¹¹⁶. Si el causante confiere (en el propio testamento o en otro posterior compatible¹¹⁷) la facultad para ser ejercida en un determinado plazo, a éste habrá de atenerse el comisionado y si se ha conferido para ser ejercida en testamento el facultado dispondrá de toda su vida para ejecutar la comisión. No resuelve expresamente el texto de la norma si el hecho de que el delegante señale como plazo toda la vida del testador ha de considerarse equivalente a la atribución de la posibilidad de usar el testamento como instrumento de ejercicio de la fiducia, lo que siguiendo el criterio de Seda Herмосín parece lo más adecuado¹¹⁸. En cualquier otro caso el comisionado habrá de cumplir el encargo dentro del plazo legal de dos años.

La fijación de un plazo legal que jugase en defecto de voluntad contraria del causante o del supuesto en el que la facultad conferida le permita ejercitarla en el propio testamento del autorizado fue reclamada como imprescindible por parte de la doctrina a fin de no alargar indefinidamente la situación de interinidad de la sucesión

¹¹⁶ HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004 (aunque el trabajo está escrito con anterioridad a la reforma de 2003), pp. 2483-2503, espec. p. 2484.

¹¹⁷ Por ejemplo, uno que se limite a establecer el plazo, lo que no revocaría el testamento anterior, aun cuando el delegante no prevea expresamente la subsistencia de aquel en el que dispone la fiducia, tal y como señala HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones...», cit., p. 2489.

¹¹⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 277, por supuesto, salvo prohibición expresa del comitente del uso del vehículo testamentario.

del comitente ¹¹⁹, razón por la que se introdujo en 1981, si bien el término de un año fue considerado, en general, muy corto ¹²⁰. No obstante, precisamente en relación con la introducción de este plazo legal subsidiario, en 1981, algún autor lo calificó de perturbador e inútil ¹²¹.

La última reforma del 831 del CC conserva el plazo legal subsidiario aunque, como se ha dicho, ahora se amplía de uno a dos años. Si bien algunos autores han estimado que sigue siendo insuficiente, sobre todo para atender al nuevo objetivo de la ley de protección de las personas con discapacidad ¹²², otros recuerdan que deben conciliarse los intereses en juego y no alargar el plazo en exceso; los intereses son los del cónyuge fiduciario que necesita tiempo para pensar, organizar y disponer, y los de los llamados a la herencia que necesitan concretar su expectativa hereditaria ¹²³.

En relación con el día inicial del cómputo del plazo legal se han planteado varias cuestiones, algunas ya procedentes de la versión de 1981. Como en el texto previgente, el procedente de la última reforma distingue entre la situación en caso de que entre los hijos comunes haya menores o no los haya, pues mientras en esta segunda situación los dos años se computan desde la fecha de apertura de la sucesión, en el primero se hace desde la emancipación del último de los hijos comunes, parece que a fin de que el destinatario del encargo no se vea obligado a elegir antes de tener una cabal noticia de las condiciones y cualidades de cada uno de ellos ¹²⁴. A este respecto, la doctrina anterior a 2003 entendía que aquí la referencia a los hijos ha de interpretarse en sentido propio, sin incluir a los nietos, lo cual, de hacerse, alargaría la situación interina de modo excesivo ¹²⁵; lo mismo puede ser mantenido tras la reforma.

¹¹⁹ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 197. La doctrina anterior a 1981 discutió la idoneidad de aplicar o no al fiduciario el plazo legal subsidiario de un año que el CC contempla para el ejercicio del albaceazgo; *vid.* las diferentes opiniones en HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones...», cit., pp. 2486-2487.

¹²⁰ CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., pp. 110-111, quien también critica el establecimiento de un *dies a quo* que prescinde del efectivo conocimiento por el cónyuge viudo del hecho de su nombramiento y, en último término, el propio establecimiento de un plazo subsidiario.

¹²¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 1317.

¹²² FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 137; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 167; LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., pp. 67-68.

¹²³ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., pp. 277-278, aunque estima que tal vez hubiese sido más adecuado un plazo un poco más largo, de tres a cinco años.

¹²⁴ Esa es la opinión de RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 494. Para RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348, el establecimiento de un *dies a quo* dependiente de la emancipación de los menores significa que la norma presume que la concesión de la fiducia obedece a la presencia de menores.

¹²⁵ Para la versión anterior, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 1318; ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 88; HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones...», cit., p. 2501.

Sobremanoera, en relación a ésta algunos autores se han planteado el problema del día inicial del cómputo precisamente cuando, existiendo hijos comunes menores, el último de ellos sea incapacitado e, incluso, por la índole de la incapacidad, no haya emancipación posible. Para Florensa la respuesta a esta situación puede ser doble: o bien se prescinde del menor incapacitado y se atiende al último hijo común susceptible de emancipación, o se acude al otro momento previsto en la ley, es decir, a la apertura de la sucesión ¹²⁶. Por su parte, Espejo, además de criticar la falta de previsión de la norma, estima que la referencia a la emancipación permite también una doble inteligencia, según se entienda como referida a la problemática de los hijos menores, o al problema específico de los discapacitados que estuviesen incapacitados –supongo que estimando que emancipación podría significar también fin de la incapacidad– interpretación esta última que probablemente prolongaría las facultades fiduciarias durante toda la vida del incapacitado ¹²⁷.

El plazo se ha venido configurando como de caducidad, de suerte que transcurrido el mismo no se pueden ejercer válidamente las facultades y éstas habrán de considerarse extinguidas ¹²⁸.

G) *¿Es un presupuesto la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del comitente?*

Ya se ha señalado más arriba que tanto en su versión original, como en la procedente de la reforma de 1981, se solía decir que la facultad delegada sólo podía ser ejercitada por el cónyuge sobreviviente si el matrimonio subsistía al fallecer el delegante ¹²⁹. La mejor doctrina deducía tal exigencia de los antecedentes del precepto y de la propia letra del mismo –la facultad se confiere al sobreviviente «muriendo el cónyuge otorgante» ¹³⁰– de suerte que

¹²⁶ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 138.

¹²⁷ Razón por la que la rechaza ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *RJN*, enero-marzo, 2005, pp. 113-159, p. 151, quien termina por estimar que la emancipación a la que se refiere la norma es la motivada por el cumplimiento de la mayoría de edad, aunque ello no conlleve la salida de la patria potestad por la previa existencia de incapacitación del descendiente.

¹²⁸ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 167.

¹²⁹ En contra, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 444, para quien con la versión original del precepto las facultades delegadas no se pierden en principio por la nulidad del matrimonio ni por la separación de los bienes de la sociedad conyugal en caso de divorcio, aunque en p. 449 matiza que sí se extingue en caso de divorcio por culpa del cónyuge que sobrevive.

¹³⁰ ZURILLA CARIÑANA, M. A., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (Coord.), Navarra, Aranzadi, 2001, p. 987.

divorciados ambos o anulado el matrimonio, no cabría el ejercicio de la facultad, ni siquiera por el cónyuge de buena fe¹³¹. Ello suponía además que para ejercitar el encargo el sobreviviente debía permanecer en estado de viudez, lo cual a partir de 1981 suponía que cuando el causante ordenaba que el supérstite ejercitase la delegación en su propio testamento estaba imponiendo una medida de coacción para que éste no contrajera nuevo matrimonio en tanto no ejercitara la fiducia ya que, de hacerlo, perdería las facultades delegadas¹³². La rigidez del requisito de la subsistencia del matrimonio era tal que algunos autores estimaban que ni siquiera podría subsistir la facultad en favor de quien fue cónyuge, aun cuando el causante lo hubiera previsto expresamente a pesar de la nulidad o el divorcio¹³³.

En la versión de 2003 la letra del precepto no exige que la condición de cónyuge que lo era en el momento de conferirse la facultad persista en el momento de la muerte del causante, por lo que según mi criterio, apartado de otras opiniones más abundantes¹³⁴, puede ejercitar la delegación el divorciado, el separado o aquel cuyo matrimonio con el delegante haya sido declarado nulo salvo, por supuesto, que del tenor del testamento del delegante resulte

¹³¹ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, en relación con la versión de 1981; más discutible era para el Pr. Lacruz si podría ejercitar la facultad en caso de separación. En su opinión la separación de hecho no era relevante a estos efectos; en cambio la separación judicial extinguía un instituto fundado en la confianza mutua, tanto si al morir el delegante el proceso de separación se hallaba únicamente incoado, lo que sería coherente con la revocación de poderes prevista en el artículo 102 CC, como si en la sentencia de separación se había ya producido; incluso el tenor del artículo 106.2 impedía a su juicio que la reconciliación de los esposos hiciera renacer la facultad, todo lo cual, personalmente, me parece muy discutible en caso de que la delegación se haya producido en testamento, pues sólo será eficaz a la muerte de su autor y para entonces, reconciliados, son esposos a todos los efectos.

¹³² VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 57.

¹³³ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, quien estimaba que la fiducia constituye una excepción a la regla general del CC de personalidad e indelegabilidad de las disposiciones *mortis causa*, por lo que en defecto de norma expresa sólo podría concederse a unos cónyuges cuyo matrimonio no se hallare en crisis. En similar sentido, BLASCO GASCÓ, F., *Derecho civil...*, cit., p. 340.

¹³⁴ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *RDP*, 2005, pp. 3-20, espec. p. 8; ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4287; PEREÑA VICENTE, M., «El derecho sucesorio...», cit., p. 1832, si bien esta autora apoya el mantenimiento de la fiducia a pesar de la separación o el divorcio si el testador así lo prevé. Esta es también la opinión, pero sólo para el caso de separación judicial o de hecho, no de divorcio o nulidad, de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1124. Para SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 269, el divorcio, la nulidad y la separación judicial extinguen la fiducia, aunque mantiene dudas en relación con la separación de hecho; este autor considera además con razón que, al amparo del inciso final del 831, puede establecerse la fiducia después de decretarse el divorcio, la nulidad o la separación judicial a favor del ex cónyuge o cónyuge separado con hijos comunes con el delegante. Por su parte, mantienen la opinión del texto RODRÍGUEZ-HINYESO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 204, y RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 347.

otra cosa ¹³⁵. A mi juicio la posición contraria no resulta coherente con la posibilidad de que se reconozca la delegación en favor de cualquier padre o madre de la descendencia común, aunque delegante y delegado no se hallaran casados entre sí y aunque no hubiera existido ningún tipo de convivencia entre ambos. De mantenerse la tesis de que la nulidad, separación o divorcio extinguen el encargo entre cónyuges habrá de sustentarse, por subyacer idénticas razones, que el otorgado en su caso a la pareja de hecho devendrá ineficaz si concurre alguna de las causas de extinción de este tipo de uniones, lo que nos remitirá, en su caso, a la legislación de parejas aplicable al caso, que no tiene por qué coincidir con la rectora de la sucesión.

Sin embargo, no creo que esa sea la respuesta acertada en el caso del cónyuge ni, por extensión, en el de la pareja conviviente, de modo que en mi opinión no puede aplicarse a este supuesto la tesis mantenida por una parte importante de nuestra doctrina según la cual el artículo 767.1 del CC justificaría la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge por quedar desprovista de causa en la medida en que el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias hechas a favor del esposo o esposa en situación de paz conyugal ¹³⁶. Y ello lo creo no sólo porque el «beneficio» testamentario previsto en el artículo 831 del CC no supone necesariamente la institución del cónyuge como heredero o legatario del testador, sino porque, aunque esta circunstancia adyacente se diera, la delegación trae su causa en la convicción del testador sobre la idoneidad del delegado para desempeñar su función, y no en la pacífica convivencia matrimonial (o extramatrimonial).

Todas estas innovaciones con relación a la situación inmediatamente anterior hacen que los comentaristas del nuevo texto se planteen incluso el cambio de fundamento de la institución prevista en el artículo 831. Así, por ejemplo, para Florensa si el fundamento tradicional de la institución era con carácter principal el vínculo matrimonial y secundariamente la confianza entre los cónyuges, con la nueva versión la base secundaria adquiere ahora su verdade-

¹³⁵ Creo que después de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que elimina cualquier exigencia causal para obtener la separación o el divorcio, carece de sentido argumentar la posible pérdida de eficacia de la disposición a favor del cónyuge posteriormente divorciado o separado con base en la concurrencia de alguna causa de indignidad ex artículo 756, lo que sí podría tener cierto sentido antes de la referida reforma (*vid.*, al respecto, TORRES GARCÍA, T., «Disposiciones testamentarias...», cit., pp. 32 ss.).

¹³⁶ *Vid.* recientemente GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 337 ss. Y doctrina allí citada.

ro rango de preeminencia, de suerte que la delegación de facultades se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores de una descendencia común¹³⁷.

Hasta 2003 el objetivo del precepto era, fortalecer la posición del viudo entre el círculo de sucesores y con ello la cohesión familiar¹³⁸. Ahora parece que ambos fines se desdibujan.

H) Extinción

Lo que sí prevé la nueva versión del artículo 831 en su número cinco es el cese *pro futuro*¹³⁹ de las facultades conferidas cuando el cónyuge –o el otro progenitor o padre o madre adoptivo de la descendencia común– hubiere pasado a ulterior matrimonio, o relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, previsión que continúa teniendo un cierto matiz «sancionador» para el sobreviviente¹⁴⁰ poco compatible con los tiempos que corren¹⁴¹, además de que en último término, la extinción de la facultad de delegación puede llegar a perjudicar, precisamente, a los hijos comunes¹⁴². Aunque es cierto que ahora aparece claro en el texto de la ley que, aun ante este tipo circunstancias, el causante puede disponer el mantenimiento de las facultades otorgadas¹⁴³, disposición que

¹³⁷ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., pp. 126 y 140.

¹³⁸ En palabras de ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor...*, cit., p. 106-107, «[...] permite aplazar la ordenación de buena parte de la sucesión; lo que unido a la posibilidad de disponer libremente de dos tercios entre los hijos, tiene por resultado que se pueda mantener el patrimonio bastante cohesionado y ponerlo en manos del hijo o hijos considerados más aptos, decisión ésta que, si no ha podido –o no ha querido– tomar el causante, la tomará el cónyuge».

¹³⁹ Pues creo, con VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 410, o ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 9, que si el sobreviviente primero mejoró y luego concurre la causa, no invalida la mejora ya hecha.

¹⁴⁰ GARCÍA GOYENA, F., en sus comentarios al artículo 663 justificaba la exigencia en que eso mismo se practicaba en las provincias de fueros; también razonaba la no contradicción entre esta previsión que impedía la mejora por el viudo en el caso de la delegación y la del 805 del mismo Proyecto, que autorizaba la mejora en el caso de reserva vidual (*Concordancias...*, cit., p. 108).

¹⁴¹ Por el contrario, la alaba ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4287. Sin embargo, ya con la redacción original no convenía la justificación dada a limitación de contraer nuevas nupcias, a SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 153-154; tras la reforma de 1981 no encontraba plausible la extinción de la facultad por las nuevas nupcias del autorizado, añadiendo que de estar así establecido, el mismo efecto debía producir la superveniencia de un hijo extramatrimonial, Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 416. La incompatibilidad con el nuevo matrimonio del facultado es considerado poco coherente por FERREIRA DE SOUSA LEAL, A. C., *A legítima do Cónyuge Sobrevivo. Estudo comparado hispano-potugués*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 308.

¹⁴² En tal sentido, en la redacción anterior, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 181.

¹⁴³ Lo que también era posible en la redacción inmediatamente anterior según BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 179 ss., autora que, sin embargo, en esa misma sede recoge la abundante doctrina que opina en sentido contrario, como es el caso de VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 410. Para RIVAS MARTÍ-

incluso puede aparecer de forma tácita¹⁴⁴ o incluso presunta derivada de una correcta interpretación testamentaria, hubiera sido preferible que la voluntad expresa del delegante funcionase al revés, esto es, que permaneciese la facultad a pesar del matrimonio, de la relación de hecho, o del nuevo hijo, salvo disposición en contrario del testador¹⁴⁵.

Repárese en que, aunque no se diga de forma expresa, parece que el artículo 831.5 alude a un ulterior matrimonio o relación de hecho posterior a la muerte del autorizante y que, por su parte, la referencia al hijo no común reclama que haya nacido con posterioridad al fallecimiento del otorgante de la facultad o incluso antes de dicho fallecimiento, siempre que el nacimiento fuera desconocido por él, pues en otro caso resulta lógico considerar la voluntad presunta de mantener la delegación a pesar de la concurrencia de esas circunstancias¹⁴⁶. No obstante, como señala Robles Perea, la dificultad de prueba sobre el conocimiento que el concedente tenga de este hecho aconseja citarlo en el testamento donde se vayan a conceder las facultades –o en otro complementario– como dispensa de tal circunstancia¹⁴⁷.

Ha de hacerse notar que, teniendo en cuenta nuestro Derecho vigente, el matrimonio o relación de hecho extintivas del encargo pueden serlo tanto si se trata de una pareja de heterosexuales, como si se contraen o configuran con otra persona del mismo sexo, y tanto si esta nueva relación matrimonial o de hecho tiene descendencia, como si no la tiene.

Por su parte, Seda Hermosín estima de modo bastante sensato que se extingue la facultad de fiducia sucesoria establecida a favor

NEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 492, la nueva norma otorga prevalencia total a la voluntad del testador, lo que exterioriza un criterio legal adecuado, por ser esta voluntad la ley de la sucesión.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 129. En contra parece manifestarse ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4287, quien estima que la disposición en contra del cónyuge debe estar «expresada en su testamento»; tal resulta también el criterio de RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., pp. 169 y 191.

¹⁴⁵ Pues, como señala CARBALLO FIDALGO, M., «La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración del testamento por comisario gallego», *Actualidad Civil*, junio 2005, núm. 12, pp. 1413-1439, espec. p. 1434, refiriéndose al testamento por comisario de la LDCGalicia de 1995, pero con consideraciones enteramente trasladables al caso que nos ocupa, el nuevo matrimonio del comisario no empaña en absoluto la confianza que el premuerto depositó en él, ni existe riesgo alguno de desviar sus bienes a una nueva descendencia, dada la clara limitación de los beneficiarios de la fiducia a la descendencia común.

¹⁴⁶ En contra de lo expresado en el texto ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 8. Para BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 169, con la versión inmediatamente anterior del 831, el precepto era plenamente aplicable en el supuesto de concurrencia de hijos comunes y propios del facultado habidos constante el matrimonio de ambos, no siendo este hecho ignorado por el concedente.

¹⁴⁷ ROBLES PEREA, M. A., «EL artículo 831...», cit., p. 161.

del progenitor que pierde la patria potestad de los hijos comunes, por tratarse de una situación contraria a la esencia fiduciaria de la institución¹⁴⁸.

Las facultades se extinguirán también, como se ha dicho, por el transcurso del plazo sin haber cumplido íntegramente el encargo y por la muerte o incapacitación del destinatario de la fiducia. En todos estos casos son válidas las adjudicaciones, atribuciones o mejoras ya realizadas, con los límites y condicionamientos que más adelante se analizarán.

V. CONTENIDO DE LA FACULTAD DELEGADA

1. Amplitud del encargo

Aunque tanto por su ubicación sistemática en el Código, como por su denominación más habitual pudiera parecer que el contenido de la facultad otorgada al supérstite consiste exclusivamente en la posibilidad de «mejorar», desde su versión inicial las facultades del autorizado permitidas por la norma han sido mucho más amplias¹⁴⁹, hasta el punto de que ya con la redacción anterior la interpretación del precepto realizada por algunos autores estimaba que el contenido de las facultades delegadas en el viudo permitían a éste realizar todo aquello que podría hacer con su herencia el autorizante¹⁵⁰, lo cual no parece ser exactamente así, tanto por exceso, como por defecto, pues el facultado por el 831 no está en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste¹⁵¹. En cualquier caso, el límite infranqueable de las «disposiciones del causante» hace que el contenido de la facultad delegada venga en primer término circunscrito por la voluntad de quien comete lo cual significa que, como la doctrina venía admitiendo, se permite delegar la facultad de mejorar sin la de distribuir o viceversa¹⁵².

¹⁴⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., pp. 270-271, quien exceptúa el caso de que la concesión del encargo sea posterior a la privación de la patria potestad, supuesto que el propio autor considera de laboratorio.

¹⁴⁹ Como señalaba ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor...*, cit., p. 96, «A pesar de encontrarse en sede de mejoras, el artículo 831 tiene un contenido que desborda tal materia [...]».

¹⁵⁰ «[...] el viudo puede por acto *inter vivos* o a causa de muerte disponer de la herencia —excepto en la parte en que ya lo haya efectuado el difunto— y ello donando, legando e instituyendo herederos, asignando y transmitiendo bienes y cargas, todo ello sin perjuicio de las legítimas estrictas», según GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., p. 127.

¹⁵¹ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 196 ss.

¹⁵² VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 412, aunque este autor entiende que la facultad de distribuir incluye la de mejorar, salvo que ésta resulte expresamente excluida o que el finado ya hubiere agotado el tercio de mejora.

A primera vista, el texto de 2003 no coincide con sus dos precedentes en lo referente al contenido de la facultad pues mientras en éstos se mencionaba el de «*distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos [...]*», la nueva versión alude a «*realizar [...] mejoras... y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*». No obstante, como se deduce de la propia exposición de motivos de la ley, con estas últimas menciones se quiere aludir precisamente a la facultad de distribuir los bienes del difunto¹⁵³, con lo que la nueva y farragosa redacción del precepto no ha alterado el ámbito objetivo de las facultades del comisionado¹⁵⁴. Repárese en que la referencia a los bienes de la sociedad conyugal queda sin sentido cuando el testador y el titular de la facultad delegada no estén casados entre sí, supuesto en el que no existe tal sociedad ni aun en el caso de que se trate de parejas de hecho, al carecer ésta en el CC de un régimen económico «pseudo-matrimonial». No obstante, en este último caso no será infrecuente que tengan bienes en común, supuesto en el que, como también se anticipó, no se ve obstáculo en estimar que la facultad también alcanza a dichos bienes¹⁵⁵.

Como ya se mencionó más arriba, tanto las mejoras como las atribuciones y adjudicaciones las puede hacer el facultado por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*¹⁵⁶, lo cual puede determinar la condición sucesoria de los favorecidos. En el caso de que la facultad se ejerza en testamento, el comisionado, de no haberlo hecho el causante en su testamento, podrá determinar el título de heredero o de legatario de los descendientes favorecidos, que en todo caso serán sucesores del causante. Vuelvo a reiterar que las atribuciones y mejoras realizadas por el facultado en favor de sus descendientes a través de actos *inter vivos* no pueden ser conside-

¹⁵³ La sustitución de dos palabras, distribuir y mejorar, por más de dieciocho, se ha realizado, al decir de RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 192, «[...] sin ninguna ventaja tangible». La exposición de motivos indica que las amplias facultades para mejorar y distribuir «[...] permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad».

¹⁵⁴ No opina lo mismo RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 491, para quien la letra del artículo 831 amplía, de forma clara, el ámbito objetivo de las facultades que pueden concederse recíprocamente (¿) los cónyuges y las personas que tengan descendencia común.

¹⁵⁵ En tal sentido ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4298.

¹⁵⁶ Contradiciendo lo que mantuvo en su día SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 193, para quien el ejercicio de la delegación sólo se podía hacer a través de la partición de la herencia del premuerto.

radas donaciones pues, o bien está atribuyendo bienes del difunto o bienes comunes que él no puede donar o, aunque lo haga con bienes propios, está ejercitando un poder o facultad que le ha sido otorgado y no realizando un acto gratuito. En cualquier caso, también en este supuesto de atribuciones por actos *inter vivos* los favorecidos son sucesores del causante ¹⁵⁷, aunque lo sean en bienes ajenos, por lo que sus efectos se habrán de retrotraer a la fecha del fallecimiento de quien hizo la delegación.

Conviene recordar, como pone de manifiesto Rivas Martínez, que el comisionado no está obligado a ejecutar el encargo ni a hacerlo sobre la totalidad de la herencia (sobre la que pueda actuar, cabe añadir). Si el ejercicio total no se produce la parte de la herencia sobre la que no se ejecutó el encargo se deferirá, según las disposiciones establecidas por el causante, de haberlas; en su defecto, por las reglas de la sucesión intestada ¹⁵⁸. Se me ocurre, no obstante, que el causante ha podido condicionar determinados beneficios sucesorios a favor del delegado al hecho de que efectivamente ejecute la fiducia, supuesto en el que el incumplimiento de la condición supondrá la pérdida de aquellos beneficios, matizando que en ningún caso tratándose del cónyuge esas limitaciones pueden afectar a su legítima.

2. Mejorar

La primera facultad que se permite delegar es la de «realizar mejoras». Dice Florensa que la realización de la mejora comporta un acto de doble contenido: uno de naturaleza subjetiva, escogiendo el descendiente o descendientes comunes favorecidos, y otro de naturaleza objetiva, fijando el *quantum* de la cuota sucesoria y, consecuentemente, señalando los bienes que deban integrar esa cuota ¹⁵⁹. Ambas cosas pueden ser objeto de la delegación.

Como señalaba en su momento Vallet, la facultad de mejorar incluye la de efectuar toda clase de mejoras, sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota ¹⁶⁰. El causante puede dar instrucciones precisas sobre estas mejoras, por ejemplo, sometiénolas a una carga modal o a una condición resolutoria, lo que puede darse con cierta frecuencia para cumplir con la finalidad de protección de los

¹⁵⁷ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 166. En sentido similar, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1128.

¹⁵⁸ RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 493.

¹⁵⁹ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 131.

¹⁶⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 414.

discapacitados que ahora se pone de relieve; en este sentido al cometer las facultades, el testador puede imponer que sea mejorado, por ejemplo, el hijo o descendiente que cuide o se haga cargo del discapacitado, dejando que el viudo sea quien valore esta situación. Incluye también la facultad de hacer promesas de mejorar y no mejorar¹⁶¹.

Una de las cuestiones debatidas por la doctrina anterior a la reforma de 2003 y que ésta resuelve expresamente es la de si la facultad de realizar mejoras abarca o no además el tercio libre, aunque se considere que no es mejora en sentido estricto¹⁶²; la respuesta positiva que venía siendo sustentada entonces por la mayoría de los autores¹⁶³ aparece recogida ahora con claridad en el texto legal.

3. Realizar adjudicaciones, atribuciones o particiones

A pesar de que el precepto se refiere a bienes concretos, al permitirle hacer adjudicaciones o atribuciones, entiende la doctrina que la norma faculta al delegado para hacer una auténtica partición de la herencia del premuerto¹⁶⁴, aunque también incluye la de realizar adjudicaciones y atribuciones de bienes concretos a cuenta de una futura partición¹⁶⁵. Pero es que, además, la misión supone una verdadera función dispositiva¹⁶⁶. Precisamente porque se sustenta en esta última, en esta labor partitiva el facultado

¹⁶¹ ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 266.

¹⁶² ASÍ, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1132; aunque también se puede afirmar, con HIDALGO GARCÍA, S., que la mejora efectiva puede ser cuantitativamente superior al tercio de mejora puesto que su exceso puede imputarse al de libre disposición («Algunas consideraciones...», cit., p. 219).

¹⁶³ Vid. la evolución y sentido de la doctrina inmediatamente anterior a la última reforma en CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., p. 93, nota 130. Debe hacerse notar, sin embargo, que para algunos la posibilidad de afectar al tercio libre se consideraba incluida en el término «mejorar» (*ad ex.* VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 413; ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 76; del mismo autor, «El otorgamiento...», cit., p. 11), mientras que otros la ubicaban en el concepto de «distribuir» (LACOSTE, J. DE, *La mejora...*, cit., p. 246; SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 191).

¹⁶⁴ Con la redacción anterior estimaba que la facultad de distribuir implicaba un poder particional más amplio que el conferido al contador-partidor, SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 129-130, 168 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 406; de poder particional amplísimo lo califica, con la nueva redacción, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 164; en contra, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 216 ss. Por el contrario, niega que el artículo 831 suponga poder particional alguno, DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales...», cit., pp. 894 ss.

¹⁶⁵ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 162; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 132, en similar sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1126.

¹⁶⁶ CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., pp. 100-101; FERREIRA DE SOUSA LEAL, A. C., *A legítima...*, cit., p. 309; en contra, BLASCO GASCÓ, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 342.

estará sujeto al mismo régimen que el propio causante¹⁶⁷, quedando liberado, por tanto, de la obligación de someterse al principio de igualdad cualitativa de los lotes y de las consecuencias de la evicción y la rescisión por lesión, en los términos de los artículos 1070.1 y 1075 CC¹⁶⁸, con la sola particularidad, que señala Vallet, de estar supeditado a la voluntad del causante, que en el caso de ser incumplida, encajaría perfectamente en la segunda causa prevista en el propio artículo 1075 «[...] que aparezca, o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador»¹⁶⁹.

Como en la redacción anterior, se ha estimado que, a no ser que el causante haya dicho lo contrario, la facultad de realizar atribuciones o adjudicaciones incluye también la de mejorar¹⁷⁰. En la nueva redacción se ha eliminado del precepto la expresión «a su prudente arbitrio», cuyo significado había suscitado cierta controversia en la doctrina¹⁷¹, hoy carente ya de interés para la comprensión del precepto¹⁷².

Parece sensato considerar que si el delegante puede llevar a efecto la partición de la herencia del delegante en ejercicio de la facultad que le ha sido delegada, puede también limitarse a designar las cuotas en las que habrán de suceder los descendientes comunes y designar un contador-partidor que lleve a cabo la verdadera partición¹⁷³, siempre, por supuesto, que no exista voluntad contraria del autor de la delegación.

¹⁶⁷ La STS de 6 de marzo de 1945, *AranzadiWestlaw*, RJ 1945\272, con el carácter de *obiter dictum*, cita el artículo 831 como un supuesto en el que se puede ejercitar el derecho del testador de hacer la partición de sus bienes por vía de delegación. Para RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 175, se equipara la partición del supérstite a la del mismo testador.

¹⁶⁸ CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., p. 103, y doctrina allí citada. Por su parte ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4297, se pregunta si es exigible la obligación de saneamiento y evicción prevista en el artículo 1070.1 del CC como efecto de la partición; el autor citado entiende que responderán los coherederos cuando la distribución o adjudicación del bien concreto traiga causa de una partición, y lo hará el viudo cuando haya atribuido bienes de su pertenencia y no de la herencia.

¹⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil...*, cit., p. 2058.

¹⁷⁰ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 163.

¹⁷¹ *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 416. La controversia es traída a colación, ya con la redacción vigente, por MINGORANCE GONSÁLVIZ, C., «El cónyuge viudo...», cit., p. 186.

¹⁷² No obstante, para ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4293, la llamada a la equidad implícita en la fórmula «prudente arbitrio» se contiene también ahora en la expresión «suficientemente satisfechas» del artículo 831.3 en su párrafo tercero.

¹⁷³ Con anterioridad a la reforma de 2003 la cuestión era discutida por la doctrina, DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., pp. 420-421; ya con el texto vigente apoya la solución afirmativa MINGORANCE GONSÁLVIZ, C., «El cónyuge viudo...», cit., p. 188, quien además estima que el cónyuge viudo podrá facultar al contador-partidor así nombrado para partir la herencia del causante junto a la suya propia.

4. Otras posibles facultades

Más allá del puro tenor literal del artículo, la doctrina se viene preguntando con las sucesivas versiones del precepto por la concurrencia de otras posibles facultades implícitas a la delegación de la facultad de mejorar y distribuir, tales como la posibilidad de liquidar la sociedad conyugal o la de atribuir la empresa familiar en los términos del artículo 1056.2 del CC.

En efecto, la literatura jurídica venía discrepando sobre la posibilidad de que el viudo comisionado por el causante en virtud del artículo 831 del CC contase con el poder de liquidar la sociedad conyugal que mantenía con el delegante ¹⁷⁴. Aunque lo cierto es que con la redacción actual muchas veces la liquidación de la sociedad conyugal va a ser innecesaria (por ejemplo, si el viudo ejercita su facultad en testamento en el que conjuntamente distribuye su propia herencia y la del premuerto y no están implicados otros descendientes no comunes) ¹⁷⁵, parece adecuado considerar, con Robles Perea, que el 831 no puede alterar las normas generales de la partición y liquidación conyugal, sobre todo por el conflicto de intereses que existe en estos casos, de suerte que, de hacerse, la liquidación deberá realizarse entre el viudo y los hijos (comunes y no comunes) del causante y si alguno está incapacitado o es menor, con las representaciones, citaciones y autorizaciones adecuadas ¹⁷⁶.

En cuanto a la posibilidad de atribuir la empresa familiar según lo previsto en el artículo 1056.2 del CC ¹⁷⁷, tras su reforma operada por Ley 7/2003, apuesto por mantener la postura afirmativa, estimando que el comisionado en virtud del artículo 831 puede atribuir la empresa familiar en los términos legalmente previstos, pues ello cohonesta con la finalidad primigenia de la delegación de facultades ¹⁷⁸ y con el poder del delegado de satisfacer las legí-

¹⁷⁴ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 368, con el texto previgente. Apostaba por la negativa, VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 62. Ya con la nueva versión lo considera dudoso, FLORENSA TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 132 y parece entender que sí, RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348.

¹⁷⁵ Lo que ya con la versión anterior consideraba posible VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil...*, cit., p. 2057.

¹⁷⁶ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 165, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., pp. 1134-1135; SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 274, para RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 177, la distribución conjunta implica la permisón de una liquidación unilateral de la sociedad conyugal. Manifiesta sus dudas al respecto, LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., pp. 60-62.

¹⁷⁷ Antes de la reforma ya consideraba que el delegado con la facultad prevista en el 831 podía ejercer los poderes previstos en el artículo 1056.2 FERREIRA DE SOUSA LEAL, A. C., *A legítima...*, cit.

¹⁷⁸ Tradicionalmente el mantenimiento indiviso dentro de la familia de una explotación agrícola o industrial ha sido unos de los fines pretendidamente buscados por el artícu-

timas en metálico cuando ésto sea posible¹⁷⁹. Es más, para algún autor, la finalidad práctica más útil del nuevo artículo 831 va a ser, precisamente, la de facilitar la transmisión de la empresa familiar de acuerdo con los nuevos parámetros establecidos tras la mencionada Ley 7/2003¹⁸⁰. Ahora bien, como señala Garrido de Palma, lo que no podrá el comisionado es atribuir la empresa fuera del círculo de destinatarios de la fiducia (descendientes comunes), pues este es el ámbito personal que el artículo 831 marca¹⁸¹ mientras que el artículo 1056.2 en su redacción actual permite al testador (o el contador-partidor por él designado) nombrar un adjudicatario distinto de aquellos sujetos, que incluso puede ser un extraño al círculo familiar¹⁸².

En opinión de RUEDA Esteban, siguiendo la tesis que sustentó en su día Garrido de Palma, el causante puede atribuir al fiduciario la facultad de que valore la conducta posterior del justamente desheredado, dejando a su arbitrio la apreciación del arrepentimiento y en consecuencia del perdón oportuno¹⁸³. A mi juicio tal criterio no se compadece con el tenor del artículo 856 del CC que clara-

lo 831 del CC (*vid.* al respecto, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 404). La estrecha ligazón entre el 831 y el 1056.2 fue puesta ya de relieve por ALPANÉS, E., «La delegación...», cit., p. 290. Más recientemente, también menciona la fiducia sucesoria, aunque por error se cita el artículo 811 en lugar del 831, como recurso idóneo para la sucesión del empresario, REYES LÓPEZ, M. J., «Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Pr. Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson/Civitas, Madrid, 2003, pp. 5481-5495, espec. p. 5493.

¹⁷⁹ LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., p. 59.

¹⁸⁰ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 161 y p. 178, quien estima además que el artículo 831 en su nueva versión responde a un espíritu semejante al nuevo 1056.2 (*op. cit.*, p. 166); no obstante, en p. 203 matiza que el supérstite podrá hacerlo si el causante específicamente lo autorizó en su testamento. Asimismo considera expresamente que el fiduciario puede usar de la facultad contenida en el artículo 1056.2 CC, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit, p. 273.

¹⁸¹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2...», cit., p. 133; sigue el mismo criterio, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 203.

¹⁸² Aunque existen opiniones discrepantes sobre los posibles beneficiarios de la atribución de la empresa en el nuevo artículo 1056.2 (*v. gr.* REVERTE NAVARRO, A., «Sucesión mortis causa en la empresa y sucesión legitimaria. (Notas al nuevo art. 1056.II del Código Civil, Murcia, 2004, pp. 72-73»), tras la reforma operada por la Ley 7/2003 la mayoría de los autores entienden que se puede ser beneficiario de la misma sin necesidad de tener vínculo de parentesco alguno con el causante -*v. gr.* puede tratarse de un consocio del empresario fallecido- (RIPOLL SOLER, A., «El artículo 1056.2 CC: Tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar», *La Notaría*, enero 2005, pp. 19-24, espec. p. 22). Asimismo, es la opinión de RUEDA ESTEBAN, L., «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 39, junio 2003, pp. 105-140, espec. p. 116 (trabajo también publicado en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Tomo IV. Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205-237); no obstante, este último autor pone de relieve la oposición entre el texto de la ley, que permite la adjudicación fuera del círculo de la familia y la Exposición de Motivos, que se refiere al «entorno familiar».

¹⁸³ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 204.

mente alude, para producir el efecto sanatorio, a una reconciliación entre ofensor y ofendido, situación que implica una actuación de carácter bilateral¹⁸⁴ y, a mi entender, personalísima.

5. Límites

A) *Las legítimas*

El límite del respeto a las legítimas, que lógicamente también vinculaba al causante¹⁸⁵, aparece de modo expreso en las sucesivas versiones del artículo 831, a modo de recordatorio del carácter imperativo de éstas. Con los matices que se derivan de la propia norma y del conjunto del sistema, el límite ha de ser interpretado desde la perspectiva tanto de la intangibilidad cualitativa¹⁸⁶ como de la cuantitativa.

Por primera vez, al igual que en otros preceptos sucesorios reformados por la Ley 41/2003, se recibe en el Código la expresión «legítima estricta»¹⁸⁷, perfectamente consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y que ahora experimenta sanción legal como límite infranqueable por el causante y, por supuesto, también por el facultado.

El número tres del artículo 831 se refiere expresamente al necesario respeto por parte del comisionado de las legítimas de los descendientes comunes. Respecto de ellas el facultado podrá mejorar a uno solo de los legitimarios y pagar en metálico a los demás¹⁸⁸, e incluso como se dice expresamente en el párrafo tercero de este número, aunque hayan sido satisfechas en todo o en parte con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades, lo que representa una auténtica novedad del texto de la norma¹⁸⁹,

¹⁸⁴ Que la reconciliación en el precepto citado denota una actividad bilateral y no es sinónima de perdón lo manifiestan DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil...*, cit., p. 458. Por su parte, afirma la bilateralidad de la reconciliación, aunque matizando que el perdón unilateral ha de producir el mismo efecto, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, López, A. M./Montés, V. L., E. Roca, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 433.

¹⁸⁵ Como vincularán al delegado, al igual que al causante, los pactos sucesorios lícitos que hubiera celebrado este último o las obligaciones unilateralmente asumidas por el delegante, como la declaración de una donación como no colacionable.

¹⁸⁶ El enfoque del 831 desde el gravamen de la legítima fue ya realizado en su día por FUENMAYOR, A., «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 46-77, espec. p. 49, y recientemente, ya con la formulación vigente, por ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima...», cit., pp. 147 ss.

¹⁸⁷ TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, legitimarios...», cit., p. 176.

¹⁸⁸ DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 417; ya con la versión actual, GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., pp. 129 y 135, quien pone de manifiesto que el favorecido con todos los bienes puede ser precisamente el hijo discapacitado.

¹⁸⁹ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 135. Como recuerda ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 165, «[...] lógicamente no podemos

demostrativa, según Roca Guillamón, de que la satisfacción del interés al que se refiere el precepto es exclusivamente económica, sin que se valore ningún otro de carácter moral o sentimental ¹⁹⁰. Para RUEDA Esteban esta novedosa previsión admite dos interpretaciones ¹⁹¹: a) entender que los bienes del viudo adjudicados a los hijos comunes se integran ficticiamente en la herencia del difunto, lo que a su juicio –que comparto– no tiene mucho sentido, b) considerar que la legítima en este caso es una *pars valoris* o incluso un derecho de crédito y corresponderá al viudo la determinación de si será satisfecha con bienes de la herencia o con bienes suyos. Entiende además el autor citado que esta segunda interpretación impide que actúen los mecanismos de protección de la legítima *pars bonorum*, por lo que el precepto debería haber establecido para tal situación un sistema de garantías de los legitimarios similar al recogido en los artículos 841 y siguientes del CC.

Sobremano, esta forma de pago con bienes del delegado se añade a la posibilidad prevista en el párrafo primero del artículo 831.1 de que se atribuyan bienes de la sociedad conyugal, posibilidades que juntas suponen, según lo dicho, dos excepciones más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, entendido en el sentido de que el legitimario tiene derecho a recibir bienes de la herencia del causante ¹⁹².

La sanción prevista para el caso de que no se respete la legítima estricta o la cuota de participación otorgada por el causante a un descendiente común es, según el párrafo segundo del artículo 831.3, la posibilidad de instar la rescisión de lo actuado ¹⁹³, lo que cohesta con lo previsto en el artículo 1075 del CC. Aunque el precepto nada dice al respecto de forma expresa, parte de la doctrina estima que ha de aplicarse el régimen de la rescisión de la partición de la herencia contenido en los artículos 1073 y siguientes del Código civil. La sanción de rescisión ¹⁹⁴ es considerada por algunos como

apreciar el cumplimiento de esta norma con las posibles donaciones que el cónyuge sobreviviente haya hecho de sus bienes en época anterior».

¹⁹⁰ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4288.

¹⁹¹ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 182.

¹⁹² PEREÑA VICENTE, M., «El derecho sucesorio...», cit., pp. 1832-1833; RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 182; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1995-2015, espec. p. 1996.

¹⁹³ Acción de rescisión que, como señala ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4294, es distinta de la acción de complemento de legítima del artículo 815, que se dirige contra el resto de herederos, mientras que con ésta se pretende impugnar la actuación del cónyuge sobreviviente en ejercicio de la facultad fiduciaria conferida. Distinta, pero compatible, cabe añadir.

¹⁹⁴ Que ya había sido contemplada por MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...* cit., p. 452, quien estimaba que practicada la distribución, sólo cabe la rescisión de las operaciones particionales practicadas por lesión, en el caso de que se perjudique la legítima

más acertada que la de la nulidad del acto, pues con ello se intenta eludir, en palabras de Florensa, la discusión teórica sobre la validez o no del acto extralimitado y, en cambio, responder en la práctica con un plazo de ejercicio de la acción de cuatro años mucho más favorable para la consolidación de los derechos y la seguridad del tráfico¹⁹⁵. Sin embargo, para otros, en aras a la claridad y seguridad jurídicas, hubiera sido preferible otorgar una acción de nulidad¹⁹⁶. En fin, no falta quien opina que la referencia a la rescisión en el precepto que comentamos induce a confusión, ya que si la distribución del viudo no respeta las legítimas lo procedente será la acción de reducción por inoficiosidad de las atribuciones del viudo¹⁹⁷, lo que desde luego pudiera ser más o menos adecuado y hasta compatible con la rescisión, pero no es lo que dice la norma. Aunque no se trate exactamente de una rescisión de la partición en el sentido de los artículos 1074 y siguientes, parece que pueden utilizarse analógicamente las reglas de ésta, y en concreto que el fiduciario demandado podrá utilizar la opción prevista en el artículo 1077 del CC, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición¹⁹⁸.

Todo ello no debe impedir la aplicación de las reglas generales de Derecho sucesorio en cuanto a la posibilidad de ejercicio de las acciones rescisorias por parte de cualquier interesado en la sucesión o de los acreedores del causante y las generales del tráfico jurídico, incluida la de nulidad, en cuanto a los derechos de los terceros¹⁹⁹. Tampoco impide, si lo consideran más oportuno, que los legitimarios agraviados por el favorecido utilicen la acción de complemento de legítima en los términos previstos en el artículo 815²⁰⁰.

Como ya se anticipó, con la referencia que se hace a los descendientes no comunes –necesariamente se refiere a los descendientes del premuerto– en el nuevo artículo 831.4 queda resuelta de una buena vez la polémica existente con los textos anteriores sobre si la concurrencia de hijos del delegante no comunes con los del cónyuge impedía o no el uso de la facultad de delegación²⁰¹.

ma de los herederos forzosos, o no se respeten las mejoras hechas por el causante, o la nulidad, por no acomodarse el cónyuge a las bases en su caso establecidas en las capitulaciones matrimoniales, haber contraído segundas nupcias u otro vicio esencial.

¹⁹⁵ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 136. También considera preferible la rescisión, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1143.

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., pp. 200-201.

¹⁹⁷ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 182.

¹⁹⁸ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4295.

¹⁹⁹ Como señala ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 169.

²⁰⁰ También lo reconoce así, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 184.

²⁰¹ Expuesta por ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., pp. 5-6.

Según alguna opinión doctrinal el otorgamiento de la fiducia permitirá al favorecido con ella dejar a los descendientes legitimarios del premuerto no comunes con el delegante únicamente la legítima estricta²⁰² lo que, sin embargo, otros niegan, estimando que el precepto impone el respeto de la legítima amplia o larga de estos sujetos²⁰³. Ante el silencio de la norma²⁰⁴, para resolver la cuestión necesariamente debemos interpretar qué quiere decir ahora «no alterará el régimen de las legítimas...» referidas a la de estos hijos no comunes. Suponiendo que el causante no haya dispuesto nada al respecto, pues si lo hizo sus disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* habrán de ser respetadas por el facultado como el propio precepto cuida de recordar, las soluciones teóricas son, al menos, tres. La primera, ya apuntada, partiendo de la división teórica de la herencia del premuerto en los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición, supondría que hijos comunes y no comunes concurrían a partes iguales en el primero, pudiendo el viudo agotar los otros dos tercios a favor únicamente de todos o algunos de los hijos comunes, de tal suerte que el otorgamiento de las facultades del 831 supondría en la práctica la relegación de los descendientes del premuerto que no lo fueran del comisionado a su legítima estricta²⁰⁵. La segunda posibilidad supone el reparto igualitario de la herencia entre los hijos (o quienes los representen en la sucesión) comunes y no comunes, de suerte que el comisionado sólo podrá ejercitar sus facultades respecto a la porción de la herencia que corresponda a los hijos comunes, permaneciendo intangible la cuota de los otros²⁰⁶. Aún hay una tercera posibilidad que, a mi parecer, es la que en verdad no altera el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes y que supone el respeto *tout court* a la legítima de éstos; según esta tercera opción –siempre a falta de atribuciones del causante– los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse igualitariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o a algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos mismos sujetos, pero en ningún caso con la de los no comunes²⁰⁷.

²⁰² ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 6.

²⁰³ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 135; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 168.

²⁰⁴ Que denuncia en este punto RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348.

²⁰⁵ Solución que a VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 59, con la redacción anterior del 831 le parecía poco justa.

²⁰⁶ Esta solución, propuesta en su día por Manresa, es la que le parece más equitativa, aunque no exenta de problemas a VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., pp. 59-60.

²⁰⁷ Creo que es la misma solución que propone, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1129.

Pongamos un ejemplo concreto para ver los distintos resultados a los que puede conducir cada una de las interpretaciones posibles.

El testador delegante fallece con cuatro hijos, dos de ellos comunes con el fiduciario (A y B) y dos que no lo son (C y D). El delegante se propone ejercitar su facultad mejorando en lo posible a su hijo A. El caudal relicto tiene un valor de 12 y no existen atribuciones previas ni disposiciones del testador delegante a favor de ninguno de sus hijos.

1. Con la primera interpretación el régimen de las legítimas de los hijos no comunes y la legítima del hijo común B se respeta atribuyéndoles simplemente 1, lo que significa que A, el hijo favorecido por el mejorante, recibirá 9.

2. Con la segunda interpretación, el respeto de las legítimas de los tres hijos no favorecidos supondrá la senda atribución a C y D de 3, de 1 al hijo común no mejorado, B, y, por lo tanto, de 5 al hijo común favorecido por el fiduciario, A.

3. Con la tercera, y a mi juicio preferible interpretación, el respeto a las legítimas implicará la posible atribución de 2 tanto a C como a D, de 1 a B y, por consiguiente, de 7 a A.

De todos modos, parece que, con los límites señalados, el 831.4 del CC otorga facultades particionales también en relación con los descendientes no comunes –y con los extraños beneficiados con disposiciones del causante–. Así lo reconoce RUEDA Esteban quien, no obstante, pone de relieve algunos obstáculos, como los derivados del conflicto de intereses entre contador-partidor y descendientes no comunes y extraños (art. 1057), o la regulación como supuestos diferenciados de los previstos en los puntos 3 y 4 del artículo 831. A pesar de ello este mismo autor llega a ciertas conclusiones interesantes que merecen alguna reflexión; señala, así, que el 831 no autoriza la delegación de la facultad de mejorar a favor de hijos de finado que no sean comunes, pero tampoco la prohíbe, por lo que no ve obstáculo, en situaciones de confianza absoluta con el supérstite, para que el causante lo autorice también a mejorar a los hijos de un anterior matrimonio o unión de hecho, si el testador aprecia una buena relación entre ellos²⁰⁸. No sin considerar lo atractivo de esta propuesta, lo cierto es que va más allá de la letra de la ley que en la fórmula genérica del punto primero del artículo 831 menciona exclusivamente la facultad con relación «a los hijos o descendientes comunes». Sin embargo, si como hemos defendido, aún considerando el carácter excepcional de la norma, lo proscrito por

²⁰⁸ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 183.

el sistema es la analogía y no la interpretación extensiva, tal vez se pueda considerar, con el autor citado, que puede extenderse la facultad más allá de lo previsto en el tenor literal del precepto y estimar que, en situaciones de confianza entre delegante y delegado, se podría incluso delegar facultades a favor de descendientes del causante que no sean comunes.

Por otra parte, superando polémicas históricas, en el segundo inciso del párrafo primero del artículo 831.4 se apodera al delegado para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a las legítimas o disposiciones de los descendientes no comunes²⁰⁹; por consiguiente, el comisionado actúa como representante legal de los legitimarios que pueden resultar favorecidos por la delegación²¹⁰, y ello aún cuando se trate de personas mayores de edad y plenamente capaces. En consecuencia, la partición de la herencia la harán los descendientes no comunes –y en su caso los favorecidos voluntariamente por el causante– con el delegado y sin necesidad de intervención de los otros legitimarios.

A pesar de que no se diga en el texto del artículo, los descendientes no comunes cuya legítima no hubiese sido enteramente cubierta podrán instar la acción de complemento del artículo 815 del CC, pero algunos niegan a estos legitimarios la acción de rescisión de la que gozan a mayores los descendientes comunes en virtud del 831.3 ya comentado²¹¹. No termino de comprender, por mi parte, por qué ha de excluirse en este caso la aplicación del artículo 1075 aplicable a la partición por el difunto, régimen que según hemos dicho es también aplicable en la partición por delegación.

Lo que sí contiene el último párrafo del artículo 831.4 es una previsión relativa a la preterición del descendiente no común cuyo contenido normativo es más bien escaso²¹². Conforme al precepto citado en caso de preterición no intencional en la herencia del premuerto de un descendiente no común el ejercicio de las facultades delegadas no podrá menoscabar la parte del preterido, lo cual supone la aplicación del número 2.º del artículo 814 en su segundo párrafo –preterición no intencional de algunos hijos o descendien-

²⁰⁹ Critica la falta de rigor de la norma en este punto y su confusa y farragosa redacción, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., pp. 277-278.

²¹⁰ RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 202, quien estima que el apoderado no está obligado a ejercitar el poder.

²¹¹ Como señala RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 184.

²¹² Con razón tanto RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., pp. 202-203, como SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 276, lo consideran innecesario.

tes²¹³. Según mi criterio, ello significa que también en este caso de existir y en tanto en cuanto no sea mejora²¹⁴, se anulará la institución de heredero hecha por el causante, salvo que el instituido sea el propio cónyuge²¹⁵. Si acaso sirve además para ratificar que la preterición no intencional de alguno de los descendientes no comunes no supone la extinción de la delegación²¹⁶.

Comparto el criterio de que el respeto a las legítimas de los descendientes no permite al testador delegar la facultad de establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de hijos o descendientes incapacitados prevista, también tras su introducción por la Ley 41/2003, en el último párrafo del artículo 808, criterio que abona el carácter excepcional de este último precepto, su consideración de facultad personalísima²¹⁷ y, en definitiva, el propio respeto a la legítima impuesto en el artículo 831. Son, sin embargo, varios los autores que mantienen la opinión contraria. Así, a favor de la posibilidad de constituir el fideicomiso sobre la legítima estricta se manifiesta Díaz Alabart, para quien si el testador no lo ha excluido expresa o tácitamente, el cónyuge viudo podrá establecer dicha sustitución fideicomisaria²¹⁸, al entender que si el testador delega las facultades del artículo 831 CC, le está permitiendo al delegante hacer todo lo que el mismo podría haber

²¹³ Nunca de todos, pues por hipótesis los hijos comunes con el favorecido por la fiducia no están preteridos.

²¹⁴ Cfr. la interpretación de los efectos de la preterición no intencional o errónea en el artículo 814 y su relación con la mejora realizada por CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, *Compendio...*, cit., pp. 202-204.

²¹⁵ No lo entiende así RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 185, para quien «no podrá menoscabar la parte del preterido» significa en el artículo 831 que se reducirá la institución de heredero, pero que no se anulará nunca. Para DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 436, el nuevo texto del precepto no prejuzga la acción que corresponde al preterido.

²¹⁶ Es el criterio de ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 161.

²¹⁷ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 14.

²¹⁸ DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *RDP*, mayo-junio 2004, pp. 259-270, espec. pp. 267-268; de la misma autora, y en el mismo sentido, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, bib 2006/385. En este último trabajo añade además esta autora una variedad de argumentos solventes. Así, señala que lo que el texto del artículo 831, antes de la reforma y ahora, prohíbe es ir contra las reglas que establecen la intangibilidad de las legítimas. Ahora estas reglas han cambiado, por lo que sin necesidad de incluirlo en el texto del precepto, no actúa contra la legalidad vigente el cónyuge viudo que establece la sustitución fideicomisaria. Estima además que si entre los descendientes del testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido tiene hacer uso del artículo 831 CC; ordinariamente el testador pretenderá con ello que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite, entre ellas la sustitución fideicomisaria que nos ocupa. No obstante la misma autora reconoce que no es seguro que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente.

hecho conforme a las normas, pero que prefirió dejar a su decisión. En similar sentido opina Garrido de Palma, para quien el autorizado puede hacer todo lo que podía hacer el causante, salvo que este mismo le imponga ciertas limitaciones²¹⁹; también lo estima así López Beltrán de Heredia, aunque esta autora matiza que si bien el testador puede gravar la legítima de cualquiera de los hijos o de todos a favor del incapaz, el/la viudo/a facultado por el testador solamente podrá gravar la legítima de los hijos comunes, a favor de su hermano/a judicialmente incapacitado, que también deberá ser común. Por su parte, RUEDA Esteban estima que podrá hacerlo si el supérstite ha sido expresamente autorizado por el testador, no sólo para mejorar, sino para imponer la sustitución fideicomisaria²²⁰.

B) *Las disposiciones del causante*

El límite de las disposiciones del causante representa una fórmula muy amplia que incluye todo tipo de previsiones del delegante, sean a favor de legitimarios, sea a favor de extraños y tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a la vez que es una expresión de que precisamente es la voluntad de éste la configuradora y delimitada del poder del delegado. Para Florensa la norma se limita a proteger la autonomía privada del causante testador²²¹. Es evidente que no vincularán al comisionado las disposiciones del causante que traspasen los límites de la autonomía privada, como sería el caso de que le hubiera autorizado para desentenderse de las legítimas o le permitiese distribuir entre extraños²²², con el posible matiz señalado más arriba en relación con los hijos del testador no comunes con el fiduciario. Pero, si el causante dispuso él mismo tanto del tercio de mejora como del de libre disposición en un testamento que no haya de considerarse revocado a pesar de la delegación que nos ocupa²²³, el facultado sólo podrá adjudicar los bienes referentes a las disposiciones previas del comitente; si este último también hizo esas adjudicaciones, la delegación quedará vacía de contenido.

Es pues claro que las disposiciones del delegante que sean plenamente eficaces no podrán ser contradichas por el fiduciario. Como hemos dicho, en primer término las expresadas en testamen-

²¹⁹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., p. 134.

²²⁰ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 202.

²²¹ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 136.

²²² MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 449.

²²³ Entiende con buen criterio MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit., que normalmente el testamento que otorga al viudo las facultades del artículo 831 será revocatorio de disposiciones testamentarias anteriores, aun cuando se sustente una interpretación flexible del artículo 739 del CC, por lo demás absolutamente mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia.

to vigente del comitente, como promesas de mejorar o no mejorar o declaraciones de determinadas donaciones como no colacionables, habrán de ser interpretadas precisamente por el titular del encargo, a fin de ejecutar éste. La interpretación del testamento del causante es, por lo tanto, una de las facultades inherentes a las expresadas en el artículo 831. En resumen, las facultades del delegado tienen los límites que deriven de las donaciones en vida del delegante, de las promesas de mejorar o no mejorar que haya podido hacer y, en general como se ha dicho, de todas sus disposiciones tanto *inter vivos* como *mortis causa* ²²⁴.

Por otra parte, pueden existir algunas disposiciones hechas en su día por el causante-comitente que no hayan llegado a producir plenos efectos y que plantean dudas sobre su valor como freno a las facultades del destinatario del encargo. Como dice Bermejo Pumar, la revocación de la mejora en donaciones efectuadas por el cónyuge concedente en las que concurren causas de resolución, la existencia de donaciones que no llegaron a aceptarse en vida, las disposiciones no efectuadas en concepto de mejora que afecten al segundo tercio, o la partición no coincidente con el testamento, son supuestos que generan dudas de interpretación ²²⁵.

VI. FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES Y SITUACIÓN INTERINA DE LA HERENCIA

Señalaba en su día Lacruz que en tanto no se ejercita la fiducia hay un estado similar a la yacencia hereditaria en el que se sabe quiénes van a ser los sucesores, pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán ²²⁶.

Respecto de esa situación provisional, la última reforma del artículo 831 del CC sí ha introducido alguna novedad, pues en la versión anterior no estaba previsto nada respecto a la administración de la sucesión en esa situación interina y la doctrina no era unánime ²²⁷. Ahora el nuevo texto, siguiendo la estela de los orde-

²²⁴ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 274.

²²⁵ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 102.

²²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., p. 458.

²²⁷ La tesis mayoritaria era la sustentada en su día por SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 127 y 200, quien estimaba que, a falta de designación, los administradores eran los herederos, por ser los dueños del patrimonio. Siguiendo esta tesis, ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 89 señalaba que en lo relativo a la gestión, rendimientos y disposición del caudal relicto desde que muere el causante hasta que se resuelve lo relativo a las mejoras, ni está previsto en la ley ni hay acuerdo entre los autores, quienes aventuran opiniones más o menos fundadas, pareciendo ser precisa la unanimidad de los interesados o lo que, a instancia de parte, resuelva el juez (art. 398). Según otro criterio la administración

namientos forales que recogen figuras inspiradoras de la que nos ocupa²²⁸, resuelve estas dudas al señalar el artículo 831.2

«Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior.»

Repárese en que no se trata de una administración de toda la herencia, sino únicamente de aquella parte de ella sobre la que el sobreviviente puede ejercitar sus facultades²²⁹, ejerciendo así una administración tanto en interés propio como en interés de los descendientes comunes posibles favorecidos. Debe aclararse, además, que se trata de una norma dispositiva que por ello admite que incluso respecto de esa parte el delegante designe un administrador *ad hoc*²³⁰. En el caso de que el administrador sea el titular de la fiducia el precepto no establece previsiones acerca del régimen de la administración que, según Roca Guillamón, será el del usufructo si el cónyuge tiene el carácter de usufructuario universal o el general de la liquidación de los estados posesorios, en caso contrario²³¹. Se debe pensar que el comisionado estará facultado, como administrador, para realizar todos los actos de administración ordinaria o extraordinaria encaminados a conservar los bienes y procurar su no desmerecimiento o disminución de valor²³². A este respecto, dejando siempre a salvo las instrucciones que haya podido dar el testador sobre la administración del caudal, no me parece inapropiado traer a colación la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de división judicial de la herencia, ubicación donde precisamente se halla la regulación más completa y sistemática de la administración de la herencia en el Derecho español; al respecto el artículo 801 de la LEC señala que «*El administrador está obligado bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes de la heren-*

correspondía al viudo (VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., pp. 427-428, siguiendo las opiniones de GARRIDO DE PALMA, M., «Visión notarial...», cit., pp. 386 ss.).

²²⁸ CARBALLO FIDALGO, M., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 1430.

²²⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., pp. 1141-1142, considera que aún respecto de los bienes objeto de la fiducia puede producirse una situación de coadministración entre el fiduciario y quienes hayan sido nombrados herederos por el testador, que en tal condición serán administradores del caudal relicto, aunque todavía no se hayan concretado los bienes concretos y determinados que rellenen su cuota.

²³⁰ Así lo entiende también, aunque no se contemple directamente en el precepto, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 196, para quien el nombramiento de un administrador distinto del delegado puede ser lo conveniente en el caso de que el causante transmita precisamente una empresa familiar.

²³¹ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4291.

²³² ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 163. Para RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 494, la administración ha de implicar una gestión adecuada que en modo alguno debe ser estática.

cia, y a procurar que den las rentas, productos o utilidades que corresponda». Nada obsta para que con las matizaciones y adaptaciones que correspondan al caso que nos ocupa, ese sea también el criterio aplicable a nuestro administrador.

Ante la falta de mención del problema en la norma²³³, se ha preguntado también algún autor por la facultad de disposición de los bienes en esta fase de pendencia. Para Garrido de Palma el delegado puede disponer de ellos por causa de necesidad o utilidad, para satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos, incluido el discapacitado²³⁴. Sin embargo, otros le niegan tal poder de disposición; es el caso de Robles Perea para quien, salvo que el causante se las haya otorgado, no pueden apreciarse tales facultades en el favorecido con la fiducia, sino que las mismas corresponden, como en los casos normales, a todos los herederos conjuntamente²³⁵. Personalmente apelo de nuevo a la Ley de Enjuiciamiento Civil para considerar que el administrador ha de tener poder de disposición al menos en los casos exceptuados de la prohibición de enajenar contenidos en el artículo 803.2 de dicho cuerpo legal²³⁶.

Por otro lado, mientras esté vigente el plazo legal o voluntario para ejercitar la delegación el cual, como se ha señalado, puede llegar a ser muy largo, o en el caso de que el ejercicio de la facultad se produzca en testamento que no sería eficaz hasta la muerte del fiduciario, cumple preguntar por la situación de las legítimas y, en general, por la de otros interesados en la sucesión²³⁷. Según la interpretación más extendida entre los autores recientes el plazo no puede perjudicar las legítimas (estrictas), de suerte que los legítimos podrían pedir las sin esperar el transcurso del mismo²³⁸ —a

²³³ Lo cual critica, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 279.

²³⁴ Tesis que ya mantuvo en 1976, GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial...», cit., p. 387, y que comparte RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 199.

²³⁵ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 200; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 164, quien sin embargo recuerda que la RDGRN de 11 de marzo de 1929 contradice su opinión. También niega la facultad dispositiva frente a terceros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1142.

²³⁶ La excepción abarca a los bienes: 1.º Lo que puedan deteriorarse. 2.º Los que sean de difícil o costosa conservación. 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas. 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia.

²³⁷ ALPAÑÉS, E., «La delegación de la facultad...», cit., p. 324, decía en su momento «Durante este periodo la situación de la herencia es anómala y en extremo confusa, pues los derechos y facultades de los interesados en ella no están claramente definidos».

²³⁸ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 20. Mantiene también que no se puede conculcar a través de las facultades del 831 el pleno disfrute y disponibilidad de las legítimas, RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 183 y ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., pp. 166-167.

salvo situaciones como las previstas en los arts. 1051 y 830.3 del CC—. Sin embargo, al menos en el terreno de las hipótesis cabe también considerar que la ley permite que se prolongue, incluso indefinidamente en el tiempo, una situación de indivisión de los bienes bajo la administración del supérstite que impedirá a los legitimarios el acceso a los mismos, lo cual en principio puede parecer más coherente con la situación de privilegio que se le otorga al delegado e incluso con algunas de las teóricas finalidades pretendidas por la institución²³⁹. No obstante tal postura contradice el principio general de intangibilidad previsto en el artículo 813.2.º del CC²⁴⁰ e, incluso, las normas sobre partición previstas en los artículos 1051 y 1052 del propio Código, lo que me lleva a considerar que el plazo lo es exclusivamente para el ejercicio de las facultades delegadas, pero que no se posponen a su finalización los derechos de los legitimarios²⁴¹ ni, en general, cualquier otra pretensión con fundamento legal o voluntario a favor de otros interesados en la sucesión²⁴².

VII. LA ATRIBUCIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS ATRIBUIDOS POR EL SUPÉRSTITE

Para el supuesto de que las disposiciones del cónyuge²⁴³ lo sean en cosa específica y determinada el último párrafo del artículo 831.1 dispone que las mismas «[...] además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa». Tales disposiciones transfieren

²³⁹ Siguiendo la opinión mantenida en su día por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 425, es el criterio sustentado, ya con la nueva versión del precepto, por RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 189, para quien la imposibilidad de reclamar la legítima en el plazo señalado expresa o tácitamente es más acorde con el espíritu actual de la norma y las finalidades de protección del patrimonio del discapacitado.

²⁴⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima...», cit., p. 151, estima que «Si el designio del legislador hubiera sido ése... llama la atención que una puerta clamorosamente abierta al gravamen de la legítima, no haya merecido ser contemplada de forma directa por la reforma del artículo 813.2 CC».

²⁴¹ También, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1147.

²⁴² En el mismo sentido del texto, para la versión anterior del precepto, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 182.

²⁴³ No veo por qué hay que limitar la referencia a las disposiciones *inter vivos*, como hace RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186. Puede también referirse a disposiciones hechas por el comisionado en su testamento que, lógicamente, producirán sus efectos a su muerte y no en la fecha del otorgamiento.

pues el derecho de propiedad sobre la cosa, sin necesidad de ulterior *traditio*.

La norma se ha considerado paralela a la incluida en el artículo 1068 del CC, según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes²⁴⁴. Sin embargo la identidad no es total, pues mientras en el artículo precitado se produce la extinción de la comunidad hereditaria y la especificación de los bienes concretos sobre los que recaerá el derecho exclusivo de cada partícipe, aquí puede atribuirse la propiedad exclusivamente sobre bienes concretos y determinados²⁴⁵, además de que, como ya se expuso anteriormente, los bienes adjudicados pueden no pertenecer a la comunidad hereditaria del causante que otorgó la fiducia.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 831.1 en su primer párrafo los bienes atribuidos pueden haber pertenecido a la sociedad conyugal o incluso exclusivamente al cónyuge que ejerce las facultades, según dispone el artículo 831.3 en su tercer párrafo. Esta atribución directa de la propiedad –y de la posesión– de bienes concretos al sucesor no pertenecientes a la herencia del causante no deja de ser curiosa, pues en las disposiciones *mortis causa* sólo se produce cuando se trata de bienes del difunto (cfr. art. 882 del CC). Pero incluso tratándose de bienes concretos que pertenecieron al causante, la nueva norma presenta alguna novedad, pues tradicionalmente se estima que la atribución de la propiedad de los bienes concretos dispuestos por el difunto cuando lo es a título de legado no precisan de la aceptación del favorecido²⁴⁶, mientras que ahora el párrafo transcrito estima que la adquisición de la posesión se producirá «*por el hecho de su aceptación*».

Además el precepto prevé que el fiduciario pueda disponer de manera distinta a la prevista en el precepto el traspaso posesorio, incluso excluyendo éste. A juicio de algún autor esta previsión puede tener relación con la función de protección de los discapacitados que ahora se explicita en la figura del artículo 831, pues permite poner los bienes a resguardo de un hijo o descendiente discapacitado que pueda tener un comportamiento irreflexivo o inapropiado presumiblemente perjudicial para sus propios intereses²⁴⁷.

²⁴⁴ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4296.

²⁴⁵ Diferencia que hace ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4297.

²⁴⁶ GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 151 ss.

²⁴⁷ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4297.

VIII. EPÍLOGO

La nueva formulación del artículo 831 del CC supone un paso más en el proceso de modificación desestructurado, inconexo y parcial del sistema sucesorio del CC. Precisamente por ello, las dudas y problemas que suscita su interpretación son numerosas y de discutible solución.

Desde un punto de vista funcional y según mi percepción, la figura prevista en el artículo 831 del CC configura un proceso sucesorio de formación sucesiva, gradual, en el que el sujeto facultado por el causante integra la disposición mortis causa de éste. Como en las figuras de fiducia sucesoria previstas, con mayor o menor amplitud, en los ordenamientos civiles autonómicos nos encontramos, en palabras de Carballo Fidalgo recogiendo doctrina anterior, ante un fenómeno sucesorio reglamentado a través de dos declaraciones de voluntad independientes: aquella por la que el testador confiere a una persona el poder de elegir su sucesor y determinar la cuantía de su derecho, eventualmente acompañada de disposiciones propias, y la que conforma el acto de elección y distribución por el tercero, en ejercicio de la facultad libremente conferida, declaración independiente que el fiduciario ejerce en nombre propio, complementando e integrando la ley privada rectora de la sucesión²⁴⁸.

El carácter sucesivo del fenómeno sucesorio que se esconde tras la figura del artículo 831 del CC permite que, al menos en parte, se aplacen los efectos sucesorios de la herencia del primer causante cuando la coyuntura en el momento de su muerte no está totalmente definida, lo cual hace aconsejable su uso, según el consejo notarial, en los testamentos de personas jóvenes, cuyas circunstancias familiares todavía no están fijadas²⁴⁹. Entre estas circunstancias no se excluye la de garantizar la mejor posición de un discapacitado.

Además, la posibilidad legal explícita de que la culminación del proceso sucesorio del delegante se produzca en el testamento del delegado, facilita que ambas sucesiones puedan tener una ordenación conjunta y armonizada, lo cual también otorga a la institución posibilidades para la transmisión de empresas y, en general, de patrimonios de titularidad común de los esposos (ahora también de quienes no lo son, pero tienen descendencia común).

Nada de todo ello contradice el hecho de que el comisionado con las facultades del artículo 831 goza de una posición reforzada

²⁴⁸ CARBALLO FIDALGO, M., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 1415.

²⁴⁹ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 159.

frente a la descendencia común, por lo que sigue siendo de utilidad su uso cuando el causante desea, precisamente, asegurar la situación de su consorte (ahora también del padre o madre de sus hijos con el que no está ya o no estuvo nunca casado) para el tiempo posterior a su fallecimiento, lo cual puede convertir la institución en un instrumento aconsejable cuando por razones de edad o de salud el supérstite está en situación de debilidad.

Todas las funciones descritas son socialmente deseables. La cuestión es si la nueva regulación de la fiducia sucesoria va a incrementar su uso para, precisamente, lograr esos deseables resultados. Si como ha ocurrido con las versiones anteriores, la respuesta es negativa, todos los juicios sobre la racionalidad de la norma habrán de recibir la misma consideración.