

Comentario a «vuelapluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (CONCLUSION)

ARTÍCULO 823

«El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción plena, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima.»

Este artículo reza absolutamente igual que el primer párrafo del correlativo del Proyecto remitido por el Gobierno. Este, sin embargo, contenía además un segundo párrafo que recuerda al ahora derogado artículo 179, particularidad primera, pues decía:

«El hijo adoptivo, o su stirpe, no podrá percibir en dicho tercio más que el hijo por naturaleza menos favorecido.»

La Ponencia del Congreso mantuvo la redacción del Proyecto, aunque sin mucha convicción (131), y fue la Comisión de Justicia de dicha

(131) En su Informe (*B. O. C. G.*, cit., págs. 348/39) dice textualmente: «El artículo 823 puede conservar provisionalmente la redacción del proyecto por cuanto el acuerdo de la Ponencia ha sido adoptado sólo por mayoría. Quedarían así rechazadas en principio las enmiendas 38 (señora PELAYO DUQUE, Centrista), 231 (Socialistas de Cataluña), 355 (Grupo Socialista), 387 (Minoría Catalana) y 501 y 502 (señor ALZAGA VILLAAMIL, Centrista)...»

Cámara Baja la que suprimió ese segundo párrafo, por razones que se intuyen, y ya no intentó ser resucitado en ninguna otra fase parlamentaria, entre otras cosas, porque habría sido contradictorio con los artículos 108, 2; 176, 1, y 179, 1.

Llama la atención que este último artículo, el 179, en el Proyecto (como hoy también en el texto definitivo) afirmaba sin salvedades que «el hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la *misma* posición que los demás hijos o descendientes», lo cual era en cierto sentido incompatible con la limitación de mejora que luego establecía el artículo 823, 2, del propio Proyecto, contradicción, pues, originaria y anterior al debate de las Cortes.

Afortunadamente, en la versión definitiva desaparece, con el párrafo, la contradicción y además todos los problemas que suscitaba la parecida regla del artículo 179, particularidades primera y segunda, que tanta tinta hizo verter (132).

En relación con el artículo 823 anterior se aprecian ligeras, pero significativas diferencias; a saber:

- desaparece el segundo párrafo («esta porción se llama mejora»);
- a cambio, se intercala tras el verbo «disponer» el inciso «en concepto de mejora»;
- finalmente, se precisa que los hijos o descendientes mejorables pueden serlo por naturaleza o por adopción plena.

La primera supresión evita la ambigüedad en que incurría el Código anteriormente (133), y para el caso de que dicho párrafo segundo alu-

(132) Véanse, entre otros, los trabajos de GABRIEL GARCÍA CANTERO: «Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción», *R. G. L. y J.*, 1970, 229, 2.º semestre; el mismo: «El nuevo régimen de la adopción», *A. D. C.*, XXIV-III, 1971; RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: «Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código Civil», *R. C. D. I.*, núm. 480, septiembre-octubre 1970; JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ: «La adopción y el Registro de la Propiedad», *R. C. D. I.*, núm. 481, noviembre-diciembre 1970; JOSÉ MARÍA CANO REVERTE: «La nueva adopción», *R. D. N.*, abril-junio 1971; RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO: «Los efectos sucesorios de la adopción», *A. D. C.*, XXIV-III, 1971; MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: «La adopción», *A. D. C.*, XXIV-III, 1971; JULIÁN MANTECA ALONSO-CORTÉS: «La adopción. Comentarios a la reforma de 1970», *R. D. N.*, 1971, II; ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «La legítima del Código Civil en la adopción», *R. D. P.*, junio 1973; JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970», *A. D. C.*, XXIII, 1970; el mismo en sus *Limitaciones...* tantas veces citadas en diversos lugares; JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ CARRETERO: *La persona adoptada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, etc.

(133) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, Edersa, 1977, págs. 282-3, la pone de relieve con estas palabras: «Este —el art. 823, 2—, al decir «esta porción se llama mejora», no deja bien deslindado si se refiere a la porción dispuesta «a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes», o bien a «una de las dos terceras partes destinadas a la legítima», en cuyo caso expresaría con la misma palabra ambos conceptos».

diese a la cuota teórica de mejora, su desaparición lo mismo que la adición del inciso «en concepto de mejora» contribuyen a destacar más que la mejora es ante todo un fin, para cuya consecución el disponente cuenta potencialmente con la mitad de la legítima larga de los descendientes, pero que sólo deviene mejora efectiva en cuanto se dispone realmente de ese tercio teórico. En este sentido, de contribuir a borrar la visión de la mejora como compartimento estanco del caudal, ambas modificaciones son elogiables y coordinan mejor el artículo 823 con el 808, 2.

Fiel a mi criterio de ceñirme sólo a las novedades que suscita la reforma, no me adentraré en cuestiones que tradicionalmente se abordan al socaire de este artículo 823, como por ejemplo:

— determinar cuál es la masa de cálculo del tercio de mejora: si el *relictum* más el *donatum* o sólo el primero, problema hoy claramente resuelto ex artículo 818 (por cierto, también reformado en otro aspecto), en el primer sentido, con la matización hecha por VALLET (134);

— título por el que se puede mejorar: pues ya es pacífico que por cualquiera, con las consiguientes diferencias de régimen (135);

— ni tampoco las tradicionales cuestiones de las personas que pueden mejorar o ser mejoradas, pues me parece evidente que pueden seguir haciéndolo los ascendientes, en favor de cualesquiera descendientes de los previstos en el artículo 823, con las siguientes observaciones:

1.^a Si puede mejorarse a descendientes de segundo o ulterior grado, es reproable que en la reforma del artículo que comento (lo mismo que en la del 808) se siga hablando de padre o madre y no de ascendientes, aunque la redacción anterior que se conserva ya no planteaba duda al respecto y, con seguridad, seguirá sin plantearla.

2.^a La exclusión de los adoptados en forma simple del elenco de los mejorables es consecuente con su no participación de la legítima en general, decretada por el artículo 180, 3, sobre cuyo carácter de excepción al artículo 176, 2, ya me he extendido (*vide* nota 36); y

3.^a Mi interpretación del artículo 179 como rectificado, o mejor complementado por el artículo 176, 1 y 2 (*vide* la misma nota acabada de citar), me inclinan a defender que el parentesco alternativo que prevé el artículo 823 (por naturaleza o por adopción plena) se puede dar en cualquiera de los escalones de la línea descendente. Así, el abuelo puede mejorar al hijo adoptivo (pleno) de su hijo matrimonial, como también puede hacerlo, dada la nueva filosofía familiar, en favor del hijo no

(134) *Op. cit.* nota anterior, pág. 285.

(135) VALLET, *ibidem*, págs. 288 a 291.

matrimonial de su hijo matrimonial o adoptivo pleno, etc. La letra del artículo 823 confirma estas novedosas combinaciones.

ARTÍCULO 831

«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 hubiere 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 del último de los hijos comunes.»

En el Proyecto remitido por el Gobierno la única variante que presentaba este artículo consistía en que el nombramiento de cónyuge mejorante-distribuidor podía ordenarse «en testamento o en escritura pública».

Fue la Ponencia del Congreso la que sustituyó esa posibilidad de ordenación en escritura pública por la más tradicional de en capitulaciones matrimoniales que presenta el texto definitivo (136).

El precepto ya no experimentó ninguna otra alteración parlamentaria.

Su antecedente se encuentra una vez más en el artículo 831 anterior, cuya necesidad de cambio en orden a coordinarlo con los objetivos primordiales de la reforma (filiación, patria potestad o régimen económico-matrimonial) era nula. Sin duda, aflora aquí una de esas solapadas «mejoras técnicas» que el legislador no se atreve a confesar haber intentado esporádicamente, unas veces para que no se le objete la omisión de otras mejoras y las más para que no se le reproche el haberse quedado a medio camino (ya veremos como en el artículo que ahora comento se crean nuevos problemas y se dejan sin resolver multitud de los que en él subyacían).

En concreto, y en relación con la versión anterior, el artículo presenta sólo dos modificaciones importantes y una tercera de tono menor:

Las primeras consisten: a) en que el nombramiento del cónyuge comisionado se puede ordenar también en testamento, con lo que lógicamente desaparece el presupuesto necesario de que el cónyuge ordenante

(136) En su Informe dice literalmente: «El artículo 831 resultaría modificado si, como sugiere la Ponencia, fuera aceptada la enmienda 503 (señor ALZAGA VILLAAMIL, Centrista) en la forma parcial que refleja el texto que sigue, en el que, por el contrario, resulta rechazada la 232 (Socialistas de Cataluña)», y a continuación reproduce el artículo tal y como ha devenido ley.

muera intestado (al menos en parte, como entendía la mejor doctrina); y b) en que se le ha señalado un plazo para cumplir su cometido.

La última estriba en que el cónyuge supérstite ha de respetar no sólo las legítimas y las mejoras ordenadas por el finado, sino también «las demás disposiciones» de dicho causante.

Ahora bien, esos leves retoques introducidos tienen la suficiente repercusión en el resto como para que se haga imprescindible un reexamen de todo el artículo a la luz de los nuevos datos.

La tarea no resulta en exceso difícil, porque el artículo 831, que durante años fue objeto de un cierto descuido doctrinal sólo tardíamente enmendado (137), ha despertado últimamente el interés de algunos autores (138) y, en muy buena medida, su comentario exhaustivo se acaba de efectuar (139).

Por este su reciente tratamiento doctrinal me limitaré a efectuar aquí un escueto repaso de las múltiples cuestiones que sigue suscitando el artículo 831, unas veces —por excepción— exponiendo mi modesta opinión sobre problemas pretéritos y las más deteniéndome en los que provoca su nueva redacción. Para ello me aprovecharé en buena medida del completo esquema de VALLET y casi reduciré a su trabajo mis referencias, a fin de beneficiarme también indirectamente de su insuperable

(137) Hasta la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, los únicos trabajos monográficos dedicados a él eran todos bastante recientes: ENRIQUE ALPAÑÉS: «La delegación de la facultad de mejorar», en *R. G. L. y J.*, marzo de 1953, págs. 273 a 331; ENRIQUE SECO CARO: *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, y DÍAZ FUENTES: «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*, II, sobre el artículo 831 del Código Civil», *A. D. C.*, 1965, págs. 877 y ss. Además había referencias al artículo 831 en obras y artículos de objetivo más amplio, como (aparte en cierto sentido el del propio DÍAZ FUENTES) los de JORGE DE LACOSTE: *La mejora*, traducción española de GARCÍA GUIJARRO, Madrid, 1913, y ANNO ELFGEN: «La mejora en el vigente Derecho español», en *R. D. N.*, LXIII, enero-marzo 1969, págs. 7 a 87, que constituye la traducción (efectuada por AURELIO PÉREZ GIRALDA) de la II parte (págs. 41 a 106 de la obra más amplia de aquel autor *Die Mejora (Geschichte und Dogmatik im spanischen und südamerikanischen Recht)*, ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1962. Finalmente, es obvio que aludían al 831 los diversos comentarios y tratados generales, cuya relación en esta glosa «a vuelapluma» resulta innecesaria.

(138) VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA: «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en el *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, ed. por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, págs. 365 a 392; SANS URANGA: «La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil», en *R. D. N.*, abril-junio 1976, págs. 379 y ss.

(139) Me refiero al llevado a cabo por ese verdadero «Atila» —dicho sea con la mayor admiración— del Derecho sucesorio que es VALLET DE GOYTISOLO, tras cuyo paso por un tema es difícilísimo si no es por cambio legislativo como ahora, que vuelva a crecer la hierba de la ocurrencia doctrinal. Véase en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XI, Edersa, 1978, págs. 368 a 394.

aparato de citas, que deberá consultar cualquiera que desee profundizar en algún extremo.

I. *Fundamento y naturaleza.*

No debe perderse de vista, en primer lugar, que las finalidades principales que persigue el artículo 831, de acuerdo con sus antecedentes (140) o, por lo menos, los intereses lícitos que a su través cabe canalizar, son los siguientes:

— para los patrimonios dinámicos o de producción (141) sirve para mantenerlos indivisos y poner a su frente al descendiente más capacitado o idóneo;

— y para ellos, y también para los patrimonios estáticos o de ahorro rentista (141), sirve:

a) para conservar el respeto y la atención hacia el cónyuge supérstite entre los descendientes comunes a él y al difunto; y

b) para «corregir las ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados» (142), pero también con la que supone aplicarla como recompensa a los que se comporten mejor con dichos necesitados (143).

Estas finalidades, que son las mismas que persiguen las paralelas instituciones forales (144), me seguirán sirviendo de norte o guía en la interpretación teleológica del artículo remozado, puesto que la reforma

(140) VALLET: *Comentarios...*, cit., págs. 368-9; GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, páginas 367 a 373.

(141) Para esa distinción, *vide* VALLET: *Panorama de Derecho Civil*, 2.ª edición, Barcelona, 1973, págs. 264 y ss.; también, como antecedente, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», en *A. A. M. N.*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 375.

(142) VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 369.

(143) Si se piensa en el descendiente incapaz el artículo 831 se presenta como un posible mecanismo complementario de la sustitución ejemplar.

(144) Testamento por comisario (arts 15 a 20 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava), facultad de elegir o distribuir conferible al cónyuge viudo (art. 115 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña; *vide* también arts. 116 y 118 a 121 y 244), distribuidor de Mallorca y Menorca (artículos 18 a 23 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares), fiducia sucesoria (arts. 95, 108 y 110 a 118 de la Compilación del Derecho civil de Aragón) y fiducia sucesoria, fiduciarios-comisarios y herederos de confianza (leyes 151, 281 a 288 y 289 a 295 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra). No debe perderse de vista que para conseguir unos mismos o parecidos fines el legislador puede servirse de fórmulas técnicamente diferentes. Por eso, la analogía con los ordenamientos forales en este punto debe efectuarse con suma cautela y más en cuanto al espíritu que en cuanto a la letra de sus preceptos.

sólo ha pretendido facilitar la difusión del pacto o encargo (145), perfilándolo, además, en cuanto al plazo para su ejercicio, pero no alterar los cometidos que atendía antes.

En cuanto a su naturaleza, creo que se sigue tratando de una *delegación* (146) de las facultades de desigualar hasta en dos tercios del caudal (a lo que equivale mejorar) y/o de partir con prudente arbitrio entre los descendientes comunes (que es en lo que se traduce «distribuir»). El artículo 831 permite, por lo tanto, que hasta el límite máximo de esa delegación se designe un *cargo* de derecho sucesorio (como los de albacea, contador, etc.), pero con facultades indudablemente más amplias que las de ningún otro de los admitidos por el Derecho común.

Esa delegación o nombramiento (147) puede —si se utiliza el vehículo de las capitulaciones matrimoniales— constituir el contenido de un pacto recíproco (disposición correspectiva), aunque también, ya se emplee esa forma, ya la testamentaria, el de una cláusula unilateral, con las consiguientes diferencias en orden a su revocación, como veremos en seguida (obsérvese, en este sentido, que ya no se dice «podrá válidamente pactarse», sino simplemente «podrá ordenarse», que es verbo que designa más bien disposición unilateral).

El artículo 831 me parece que continúa siendo una excepción, sí (148), a los artículos 830 (él mismo lo dice), 1.271, 2 (cuando se use la vía capitular); 1.057, 1 y 3, y 670 (pero sólo respecto de su última proposición: designación de porciones en que hayan de suceder los instituidos —en nuestro caso— por el premuerto o por la Ley), pero, rigurosamente hablando, en modo alguno excepciona lo dispuesto en el artículo 669, porque nunca se usa el ropaje del testamento mancomunado y el que también en las capitulaciones haya disposiciones corres-

(145) Si originariamente se usó poco del artículo 831 porque antes del matrimonio, que era cuando se podían pactar las capitulaciones, raros eran los cónyuges que confiaban lo suficiente entre sí como para otorgarse facultades de tanta gravedad; después de 1975 se pensó —GARRIDO PALMA, SANS URANGA, VALLET— que el artículo iba a despertar de su letargo, cobrando nueva vida (aunque desde entonces en mi práctica profesional en Derecho común —no así en el Bajo Aragón— todavía no me he tropezado con ningún caso de fiducia sucesoria ni tengo noticias de que ningún compañero de los de las zonas de Levante lo haya tenido); ahora, en 1981, se le inyecta un nuevo estímulo, poderse ordenar en testamento, a ver si definitivamente cala en la vida social. Pero creo que todavía hubiera hecho falta una regulación más perfilada y exenta de dudas: hoy por hoy sigue siendo arriesgado acogerse al escueto e insuficiente 831.

(146) VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 370.

(147) Que se basan en la confianza o fiducia entre esposos, de ahí su carácter personalísimo; en las páginas que siguen designaré al cónyuge supérstite, fiduciario —LACRUZ—, además de comisionado —VALLET— o mejorante-distribuidor, y al premuerto, fiduciante o comitente, además de ordenante, finado, difunto, *deuius*, etcétera.

(148) VALLET: *Comentarios...*, cit., págs. 369-70.

pectivas, incluso *mortis causa* (cf. art. 1.341, 2, actual), no debe inducir a engaño.

II. *Acto generador de la facultad.*

Puede ser o bien un testamento en cualquiera de sus variedades (abierto, cerrado, ológrafo, especial, etc.) o bien una cláusula capitular, sea unilateral dentro de un contenido bilateral más amplio, sea recíproca. No puede ser ningún otro tipo de instrumento notarial, dada la clara rectificación que introdujo la Ponencia del Congreso y que fue aceptada por las Cámaras a la expresión «escritura pública» que empleaba el Proyecto.

Por supuesto que las capitulaciones serán hoy, siempre, notariales, sin excepción posible (art. 1.327; cf. 1.324 antiguo).

Si el nombramiento se efectúa en testamento, es evidente que será revocable (arts. 737 y 739), interpretado éste no al modo romano estricto, sino como preconizan DÍEZ PICAZO y GULLÓN —*Sistema...*, cit., página 650— y otros autores de vanguardia (149); si se realiza en capitulaciones hay que distinguir, como postulaba hace un momento: cuando se trata de una cláusula claramente unilateral (150) que no constituya la

(149) Cuando la revocación sea expresa y clara no habrá problemas, pero se me ocurre que pueden haber otros casos dudosos en que el efecto revocatorio será una *quaestio voluntatis* a plantearse de acuerdo con los criterios generales; así:

— Si se designa en testamento posterior un albacea con solo las facultades legales (arts. 902 y 903) en la duda y aunque no cómodamente, creo que serían compatibles un tal albacea y el cónyuge comisionado.

— Si el albacea cuenta con facultades especiales vía 901, habrá que examinar caso por caso la compatibilidad o incompatibilidad entre ambos cargos.

— Si se designa un contador partidor de los del 1.057, 1, todavía puede pensarse —a salvo siempre la verdadera voluntad del testador— que lo único que se ha revocado es la facultad de distribuir (para la que quizá se ha considerado más experto a aquél que al cónyuge), pero no la de desigualar; de manera que el cónyuge señalaría las porciones y el contador iría integrándolas partitivamente, aunque como sus plazos de actuación pueden ser diferentes, habrá que entender normalmente o prorrogado el del contador o acortado el del cónyuge mejorante. (Por supuesto que si el contador se designa para partir entre sucesores distintos de los descendientes comunes, en relación con bienes no destinados a éstos, tampoco hay colisión).

— Si se trata de contador partidor con facultad de pago en metálico de la legítima de los descendientes (art. 841), la compatibilidad parece mucho más difícil, puesto que sus facultades se extienden indudablemente a partir entre los descendientes del finado (incluidos los comunes con el supérstite) y sin necesidad de respetar el contenido cualitativo ni de sus legítimas ni de sus porciones hereditarias. Desde luego, nombrar un tal contador, tras un cónyuge distribuidor, sin revocar expresamente el nombramiento de éste, parece una verdadera broma jurídica.

(150) Dentro de un contenido más amplio, pues una tal cláusula unilateral no debe poder canalizarse por capítulos como contenido único, habiendo hoy la posibilidad de testamento.

contraprestación de ninguna otra facultad o atribución conferida o efectuada al estipulante, será revocable directamente por escritura (art. 1.331 «a contrario») o por testamento; si la cláusula es correspectiva, es decir, constituía la contraprestación del conferimiento de otra facultad similar o de una atribución de signo distinto, entonces podría pensarse que sólo se puede revocar con el acuerdo de ambas partes (art. 1.331), y no debería ser posible ni la revocación unilateral directa vía testamento, ni la indirecta por agotamiento del caudal *inter vivos* o *mortis causa* (arg.: analogía con el art. 827); pero, por lo menos, esto último es inevitable, puesto que el artículo 831 impone como límite al supérstite el respeto a cualesquiera disposiciones del causante, sin distinguir si son anteriores o posteriores a la delegación. Lo que sí será posible es que en ese caso de revocación indirecta de una facultad «pactada» y no «ordenada» se reclame indemnización de daños probados a los herederos del incumplidor. En definitiva —como dice VALLET—, si el nombramiento era el contenido de un pacto no cabe la revocación unilateral de ese pacto en su aspecto preventivo (151).

III. *Facultades del cónyuge comisionado.*

Es evidente que, como máximo, se le pueden delegar dos:

— la de desigualar hasta en dos tercios del caudal no sólo del *relictum*, pero sin sobrepasar éste;

— y la de distribuir todo el *relictum* al prudente arbitrio del fiduciario, en la porción que ni deba considerarse legítima ni hubiese distribuido ya el causante.

Cabe que se delegue una u otra o las dos. Decidir esto último, si sólo se ha aludido claramente a una de ellas, será cuestión de interpretación de la voluntad del ordenante. Es evidente que si éste ha señalado, mediante cuotas, los destinatarios del 100 por 100 de su caudal, ya sólo le cabe al comisionado actuar como un contador-partidor reforzado (en cuanto no le afecta el artículo 1.061, etc.); inversamente, si ha determinado la composición de los lotes en que deben distribuirse sus bienes, al fiduciario sólo le resta determinar quién de los descendientes comunes ha de beneficiarse de cada uno de esos lotes o de todos ellos, una vez a salvo la legítima.

Cuando la voluntad del comitente no pueda deducirse implícitamente ni siquiera con la ayuda de actos (o abstenciones) coetáneos, anteriores o hasta posteriores a la ordenación y conectados con ella, creo que debe

(151) *Op. cit.*, pág. 373. Dubitativamente, pero en el mismo sentido, LACRUZ, *op. cit.*, II, pág. 68.

presumirse que se han conferido las dos facultades que contempla el artículo 831.

Pero descendamos al examen concreto de esas facultades, invirtiendo el orden con que tradicionalmente se abordan por la doctrina:

A) Facultad de distribuir:

La primera duda que me asalta es la de determinar hasta dónde se extiende objetivamente esta facultad. El artículo 831 parece referirla a todos los bienes que deje el difunto, incluidos, por tanto, los destinados a satisfacer la legítima. Esta funcionaría de freno o límite respecto de la facultad de mejorar o desigualar, pero no respecto de la de partir. Se evitaría de este modo el «engorro» que supone, si los legitimarios del orden descendente reclaman de inmediato su legítima, tener que determinar con ellos —o con su defensor judicial— los bienes concretos que se destinan a satisfacer aquélla. Pero, si se medita bien, surge un obstáculo para esa interpretación extensiva del ámbito objetivo de la facultad de distribuir, y es que la misma puede hacerse al «prudente arbitrio» del distribuidor, y si algo significa esa frase no es otra cosa que el poder soslayar la regla de la igualdad cualitativa en el reparto (artículo 1.061), ya que la no sujeción a la igualdad cuantitativa en las porciones disponibles resulta, como veremos, de la facultad de mejorar. Y aunque el legislador pudo y quizá debió facultar al fiduciario para repartir la legítima corta —inmediatamente, si se le exige—, es lo cierto que distribuir «a su prudente arbitrio» no puede referirse por igual al primer tercio y a los otros dos.

Claro que el ordenante puede nombrar (no sólo por acto *mortis causa*, sino asimismo *inter vivos*: art. 1.057, 1) al supérstite también contador-partidor ordinario para el tercio de legítima, sin que parezca aplicable (en cuanto el cónyuge no participa de él) la prohibición del 1.057, 1, aunque quizá sí la cautela de su párrafo hoy tercero. Y también puede nombrarle contador-partidor especial del 841, con facultad de adjudicar todos los bienes hereditarios destinados a pagar las legítimas, a uno solo de los hijos o descendientes —ya no sólo comunes— del finado, y de ordenar que se pague en metálico la porción legitimaria de los demás. Pero las dificultades prácticas no desaparecen, ya que:

— por lo pronto, es imprescindible que esas facultades adicionales resulten claramente de la delegación;

— en caso de acogerse al artículo 841 la partición referida al tercio de legítima estricta deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 843 (asenso unánime o aprobación judicial);

— y, finalmente, el apartamiento o señalización de los bienes que

deben ir a parar al tercio de legítima estricta (así como la fijación previa de su montante o valor —tanto de los bienes como del tercio—) y los que en cambio se imputan a los dos tercios restantes parece que requiere acuerdo entre los legitimarios de un lado y el cónyuge distribuidor de otro.

De donde se deduce que, no habiendo avenencia o no deseando dilatar, por lo que sea, los legitimarios del orden descendente, la percepción de su legítima, ya se impone una primera partición destinada a fragmentar el caudal en tres porciones: una de ellas se la repartirán después entre sí los legitimarios (o se las repartirá el propio cónyuge nombrado contador-partidor ordinario o especial), y las otras dos permanecerán en estado latente o de yacencia hasta que el mejorante distribuidor —dentro de los plazos que hoy le marca el 831, 2— decida hacer uso de sus facultades naturales de mejorar o distribuir.

Esa intervención previa posible de los legitimarios a fin de concretar su tercio es idéntica a la que postula la doctrina mayoritaria (MANRESA, SCAEVOLA, BARRACHINA, SECO CARO, DÍAZ FUENTES, GARRIDO DE PALMA, todos citados por VALLET (152); también, LACRUZ (153), etc.), en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales de haber existido este régimen entre comitente y comisionado, pues no parece haber apoyo positivo claro que dispense la intervención de los primeros —o de su defensor— y permita al fiduciario liquidar unilateralmente los gananciales.

Desde luego, no deja de haber un cierto contrasentido en que un precepto, basado todo él en la confianza y en el que ya se dispensa una primera contraposición de intereses, cual es la de la fijación de la cuota viudal usufructuaria, se deba interpretar restrictivamente en cuanto a la extensión de la fiducia a otros puntos de conflicto (liquidación de gananciales o determinación del valor y de los bienes destinados a legítima estricta).

Los ordenamientos forales son más consecuentes:

— En Cataluña, donde habitualmente el causante catalán no deja gananciales que se deban liquidar previamente, el cónyuge elector o distribuidor puede, mientras toma su decisión, fijar y pagar las legítimas y los legados (art. 115, 3.ª, Comp.); de donde se deduce que él es siempre, en caso de fiducia, el árbitro exclusivo de la sucesión, sin particiones previas.

— En Vizcaya el artículo 48 de la Compilación mantiene indivisos los bienes del matrimonio (ya estén comunicados, ya sean gananciales,

(152) *Op. cit.*, pág. 382, nota 75.

(153) *Op. cit.*, II, pág. 68.

pues el poder testatorio no se circunscribe al supuesto de dejar hijos comunes —cf. arts. 15 y 19, 2, Comp.—), hasta que el Comisario haga la designación. Y en cuanto a la legítima de cuatro quintos su carácter colectivo debe excluir normalmente su reclamación inmediata de estimarse posible.

— En Mallorca y Menorca, la salvedad que efectúa, *in fine*, el artículo 18 de la Compilación me hace temer que se pueden plantear problemas similares a los del Derecho común, sólo que normalmente sin gananciales.

— En Aragón, la única legítima existente, la de los descendientes, es materialmente colectiva, y las reclamaciones contra su lesión siguen un régimen muy peculiar; pero sobre todo la existencia de la viudedad —normalmente universal: art. 72 Comp.—, en su vertiente de usufructo viudal, excluye la posibilidad de cualquier tipo de reclamación inmediata por parte de los legitimados ex artículo 124 de la Compilación contra un gravamen *ad tempus* previsto por la propia Compilación (art. 125, 4.º).

En la práctica por mí conocida, el fenómeno se desenvuelve de esta manera tan sencilla (simplifico intencionadamente): el cónyuge elegido fiduciario directamente (o facultado para distribuir al amparo de los artículos 95 y 108, 2, Comp.), va haciendo uso de sus facultades paulatinamente, en función de la trayectoria que van siguiendo los hijos, y mediante escritura que, cuando el bien a distribuir era común, se califica de donación (por lo que hace a su hipotética cuota) y de asignación (por lo que se refiere a la del cónyuge premuerto): se considera que hay una liquidación implícita singular de la comunidad conyugal referida al concreto bien que se adjudica y en la que no se aprecia contraposición de intereses en el supérstite, no sólo porque divide al 50 por 100 entre su patrimonio y el del *de cuius*, sino porque a continuación se desprende de todo el bien en favor de uno de los descendientes, potencial destinatario de todo el caudal del difunto y que, como elegido, pasa a representarlo en esa implícita liquidación singular.

Un funcionamiento similar es el que postula LACRUZ para el artículo 831 del Código Civil cuando, tras negar que el cónyuge comisionado pueda hacer por sí solo la división de la comunidad conyugal, añade: «En realidad, y con arreglo a sus antecedentes, el precepto contemplaría más bien la asignación de bienes, privativos o comunes, sin previa partición de éstos, que resultarían atribuidos no por cuenta del premuerto, sino de ambos esposos» (154).

En la práctica puede resultar que así suceda en no pocos casos: primero, por la natural consideración y respeto de los hijos hacia su padre

(154) *Op. cit.*, II, pág. 68.

o madre viudos, al que no sería usual apremiar para que dejase libre la porción de legítima estricta, máxime estando aquéllos ya «colocados» en la vida (antes bien, es frecuente que, de no operar un usufructo universal ex art. 820, 3.º, se consienta a aquél una administración y disfrute *ad nutum* de todos los bienes, privativos o comunes, que hubo el matrimonio); segundo, por la peligrosa indisposición en que podría incurrir el descendiente que verificase un tal apremio a un viudo/a que conserva la facultad de distribuir y mejorar en dos tercios; y tercero, porque a la vista de lo anterior tampoco será probable que al cónyuge fiduciario le urja determinar su patrimonio propio, mediante la liquidación de gananciales (si acaso, si tuviera otros hijos suyos no comunes).

Pero una cosa es el comportamiento probable y otra el seguro, y hoy me parece indiscutible que, en Derecho común, en caso de acogimiento al artículo 831, los descendientes pueden en cierta medida «incondiar» (individual o colectivamente) al cónyuge comisionado, obligándole a partir con ellos el caudal relicto en tres partes y, como presupuesto inevitable para el cálculo y detracción de una de las tres, compeliéndole a liquidar la sociedad conyugal. Si la actitud es colectiva y no se admitiera la posibilidad de beneficiar a descendientes de ulterior grado entonces no existentes (cosa que no creo), no le cabe al supérstite ni el arma de la represalia, por lo menos con el patrimonio del difunto.

Lo que parece evidente es que el artículo 831 no se ha imaginado para esas situaciones de crispación y que, de todos modos, presenta más dificultades en el Derecho común que en algunos de los ordenamientos en donde se inspiraron, antaño y hogaño, sus redactores, singularmente, que en Cataluña y Aragón (155).

Ahora bien, en relación con el Registro de la Propiedad, el ejercicio unilateral, sin más, de las facultades del artículo 831 también plantea problemas, aunque reine la más absoluta avenencia entre el cónyuge fiduciario y sus hijos comunes. Si al modo aragonés que antes he explicado comparecieran en una escritura de donación y asignación de un inmueble el comisionado y uno de los hijos, ¿sería inscribible tal escritura? Prescindo ahora del problema de la liquidación de la sociedad de gananciales referida sólo al bien donado-asignado y en la que no han intervenido los demás hijos comunes, porque puede pensarse —lo que ya es de suyo generoso— que dado el comportamiento altruista del supérstite no hay colisión de intereses y que la intervención del donatario-asignatario reemplaza —como elegido— la de todo el conjunto de los

(155) Quedaba analizar tan sólo nuestro problema en Navarra, donde la legítima formal de un lado y las facultades que al cónyuge fiduciario concede la ley 287 por lo que se refiere a la mitad de las conquistas, tampoco harían surgir los problemas que percibo en el Derecho común.

posibles destinatarios de los bienes. El obstáculo para la inscripción no lo veo ahí. Lo veo en la legítima estricta. En presencia de una tal escritura de donación-asignación, y dada la *cognitio* limitada en que se desenvuelve, ¿no le es lícito al Registrador temer que incluso, aunque sólo se refiera a un inmueble, puede estarse lesionando la legítima estricta de los demás descendientes legitimarios?; ¿no podría suceder que la finca fuese el único o principal bien —no necesariamente indivisible— y que con su donación-asignación (o con su asignación sólo si fuese privativa del *deuius*) se ponga en peligro la percepción de la legítima de los hermanos o los sobrinos del elegido que acaso pueden ser menores?; ¿cabe pensar que entre la facultad de mejorar del comisionado está la de señalar la mejora en cosa determinada con las consecuencias del artículo 829 o en la de partir, la de hacerlo conforme al artículo 1.056, 2 (155 bis)?; ¿o precisamente el respeto que le impone el artículo 831 a las legítimas excluye que el comisionado pueda efectuar una mejora —en sentido lato, ya lo veremos— o una distribución cualitativamente desigual, que exceda de dos tercios? Aun admitiendo que la hipotetizada donación-asignación cupiera canalizarla por los artículos 829 ó 1.056, 2, la protección de la legítima de los demás descendientes, ¿se habría de articular al amparo del artículo 15 de la Ley hipotecaria (como para los casos generales sostiene ROCA), aunque ningún precepto prive a los no elegidos de su legitimación para promover juicio de testamentaria, al amparo analógico de la novísima fórmula del artículo 844, 1, *in fine* —garantías del legatario de cantidad—, o al amparo de su tradicional comparecencia en el instrumento?

No cabe duda que una actitud prudente es la de exigir la ratificación por parte de todos los descendientes de cualquier acto aislado de donación-asignación o simplemente de asignación. Y si alguno de ellos es menor o incapaz, etc., se impone la engorrosa intervención del defensor judicial (normalmente ya no la del protutor a la vista del actual artículo 171) y la subsiguiente aprobación por el Juez (en caso de incapacidad acogida al supuesto del art. 171 y no habiendo ya Consejo de Familia parece que resucita también para el incapaz con progenitor único incompatible la aprobación judicial del art. 1.049 de la LEC), pues no parece que la del defensor judicial sea una representación legal de las que permite la dispensa del actual artículo 1.060 (155 ter).

(155 bis) VALLET así parece sostenerlo: *Comentarios...*, cit., págs. 383 y 391. *Vide* también los autores que cita en tal sentido en la pág. 380, nota 67.

(155 ter) Mi compañero de profesión y promoción FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ no lo cree así, pues en su célebre «Fichero de reflexiones y problemas prácticos» (X), voz «Partición», publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 172, correspondiente a octubre de 1981, págs. 1036-7, da por sentado que la

La fórmula más segura, entonces, para actuar el artículo 831 —y con ello termino esta larga digresión acerca del ámbito objetivo de la facultad de distribuir— es la de efectuar, con intervención de todos los que procedan o de sus representantes, un primer acto de liquidación de ga-

«representación legal» de que habla este artículo 1.060 abraza «los tres siguientes casos de representación legítima:

- la de los padres,
- la de los tutores y
- la del defensor judicial».

Y argumenta que «sólo respecto a este último punto cabe hablar de novedad, pues para los otros dos (padres y tutores) la ley (antiguo art. 1.060) o la jurisprudencia (Resoluciones de 31 de mayo de 1911 y de 25 de noviembre de 1893) habían dispensado a tales particiones del requisito simplemente formulario de la aprobación judicial» (se plantea a continuación un problema de derecho transitorio que resuelve con acierto desde la premisa de que parte).

Pero desgraciadamente yo no estoy tan seguro de que esa premisa sea indudable y correcta. Por lo pronto resulta sintomática la evolución experimentada por el artículo 1.060, que en el Proyecto gubernamental decía: «Cuando los *menores* estén representados en la partición por *los padres* no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Fue la Ponencia del Congreso (Informe cit. en nota 5, página 348/43) la que, aceptando el pensamiento que inspiraba la enmienda 245 de Socialistas de Cataluña o al menos «aceptando una cierta coincidencia con ella», le dio la redacción que se convirtió en ley. En la misma, como puede apreciarse, se introdujo la previsión de que no sólo los menores, sino también los «incapacitados» fuesen partícipes de la comunidad hereditaria y estuviesen legalmente representados en el acto de su extinción, y parece que debió considerarse conveniente recoger la doctrina jurisprudencial a que alude RODRÍGUEZ LÓPEZ (también contenida en las RR. de 30 de octubre de 1943 y de 3 de mayo de 1946); sólo que para no referirse a una farragosa lista de representantes (padres, tutor con autorización del Consejo de familia o padres con patria potestad prorrogada o rehabilitada, se optó por una fórmula más general («cuando los menores o incapacitados estén *legalmente representados* en la partición...») cuyos imprecisos términos suscitan el problema que nos ocupa.

La *voluntas legislatoris*, pues, hasta donde es indagable no parece que fuese la de innovar nada, sino:

— en un primer momento (Proyecto del Gobierno) coordinar el artículo 1.060 (que en su versión anterior sólo confería la representación a la madre del menor «en su caso», es decir, subsidiariamente) con el nuevo criterio de representación conjunta consagrado en el artículo 154, 2.º, y 162, 1;

— y en un segundo momento (Informe de la Ponencia) incorporar a la ley la doctrina jurisprudencial vertida a propósito de los incapaces sometidos a tutela, y acaso también cubrir las nuevas hipótesis del artículo 171 (por lo menos la de la patria potestad prorrogada, ya que la rehabilitada no la conoció la Ponencia del Congreso, sino que surgió en trámite ulterior).

Ahora bien, ¿la *voluntas legis* permite llegar a conclusión tan audaz como la de RODRÍGUEZ LÓPEZ y, en consecuencia, dispensar de la necesidad de aprobación judicial a las particiones en que estén interesados los menores (y ahora también los incapaces con patria potestad prorrogada o rehabilitada) en los casos en que por incompatibilidad de intereses con sus dos progenitores o con el único ejerciente sea preciso poner en funcionamiento el artículo 163 del Código Civil?

No excluyo radicalmente una respuesta afirmativa a pesar de lo que digo en el texto; sólo insisto en que la cuestión me parece más compleja y menos indudable de lo que se ha pretendido. Sin perjuicio de tomar partido cuando aborde *in extenso* —si llego— el artículo 1.060, anticipo aquí que las ideas que probablemente inspirarán entonces mi solución serán:

nanciales, en su caso, y de separación de un tercio del caudal en concepto de legítima estricta de los descendientes; los otros dos tercios se ponen a disposición del supérstite, inscribiéndose en su caso y si se desea a su favor (art. 2, tercero, Lh) o dispensándosele en su día de la inscripción intermedia (art. 20, párrafo cuarto, de dicha Ley).

Otra alternativa consistiría en no realizar ningún acto de liquidación de gananciales, fijación de legítima, etc. (siempre que nadie los inste), hasta que el comisionado tuviese claro el reparto que va a hacer, y entonces, en un solo acto o en varios, pero con la aquiescencia de todos, ya mayores y capaces —o convenientemente asistidos—, ejecutar su decisión.

Una última fórmula que apunta VALLET consistiría en que el fiduciario no apremiado ejercite «su facultad en su testamento en el que conjuntamente distribuya con su propio caudal el haber del cónyuge premuerto» (156).

En fin, para concluir el análisis de esta primera facultad, la de distribuir, diré resumidamente:

— que el cónyuge distribuidor no está sujeto a la regla de igualdad cualitativa (art. 1.061 CC); si tampoco se ajusta a la de igualdad cuantitativa, entonces no distribuye, mejora;

— que la partición que efectúe no es rescindible ex artículo 1.074, sino que lo es de acuerdo con el artículo 1.075, que coordina perfectamente con los límites —respeto a las legítimas; respeto a la voluntad del testador— que señala el artículo 831 (157);

— la de si es representación legal genuina la conferida para un negocio concreto y no para cuantos puedan afectar al menos a una determinada esfera (la personal, la patrimonial o ambas, etc.) del representado;

— la de si debe equipararse a los padres una persona que si normalmente será aquella a la que corresponde la tutela legítima, también puede ser otro pariente más lejano o un extraño;

— la de si debe ser de mejor condición un defensor judicial que, una vez nombrado, no estaría sujeto a control ulterior que un tutor o un protutor que sí precisan autorización del Consejo de familia, ex artículo 269, 7.º, para cuya interpretación rigurosa es recomendable consultar la Resolución de 30 de octubre de 1943, antes citada;

— y la de si realmente puede decirse que no es necesaria la *intervención* judicial (no la aprobación: cfr. el tenor del art. 1.060), en una partición donde para designar al defensor (a diferencia de los padres o el tutor) ya ha debido producirse necesariamente (art. 163, 3) esa intervención.

Como colofón diré que si la opinión de RODRÍGUEZ LÓPEZ cuenta con el autorizado respaldo de ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 158), la que yo provisionalmente sustento en el texto tiene en su apoyo el no menos autorizado parecer de LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 137), sin que, desgraciadamente, ninguno de los dos maestros argumente su postura.

(156) *Comentarios...*, cit., pág. 382.

(157) *Ibidem*, pág. 383.

— y que, por supuesto, al viudo distribuidor no le afecta, en cuanto a los dos tercios disponibles, ni la incompatibilidad del artículo 1.057, 1, ni los requisitos formales del artículo 1.057, 3 (158).

B) Facultad de mejorar:

Ya he anticipado que me adhiero a los que la interpretan como la facultad de desigualar en hasta dos tercios (del caudal no sólo del *re-lictum*, pero con el tope de éste) (159). Ergo, la voz «mejorar» no está usada en el sentido técnico estricto de sólo un tercio en que la emplean los artículos 808, 2, y 823 del Código Civil. Apoyo para esa desarmonía lo encuentro, además de en los tres argumentos de VALLET (160), en la consideración de que la mejora que autoriza el artículo 831 antes y después de la reforma se puede producir —sin recurrir a donaciones del causante— ¡en una sucesión intestada!; luego si ya no es siempre el mismo tipo de sucesión —testada— donde operan, de un lado, los artículos 808, 2; 823, y, de otro, el 831, ¿por qué no admitir que también puede mediar entre ellos una diferencia en cuanto al ámbito objetivo de la posibilidad de desigualar que respectivamente conceden? Un cierto refuerzo de esta opinión también lo encuentro en la nueva redacción dada al artículo 831 por la reforma: en efecto, partiendo de la base de una interpretación estricta del verbo distribuir (como sinónimo de partir), y dando por supuesto que el cónyuge premuerto sí que sólo puede mejorar en un tercio (por lo que en un mismo precepto —el 831— se usan dos palabras de la misma raíz, «mejorar» y «mejoras», con ámbito objetivo diverso —dos tercios para la primera y un tercio para la segunda—), resulta que el nuevo freno puesto al comisionado («y demás disposiciones del causante») sirve para que el mismo se subordine a los actos que con relación al tercio libre hubiese realizado el comitente. Antes había que deducir esa obvia conclusión del principio de que la voluntad del causante es ley suprema de la sucesión; ahora puede pensarse que el legislador quiso cubrir esa laguna.

Con VALLET, una vez más, creo que 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» (161) que sirva de límite; incluso he apuntado que podría desbordar, en el supuesto del artículo 829, los dos tercios que tiene el comisionado a su disposición, pero creo que será necesario para inscribir

(158) *Ibidem*, pág. 383.

(159) Para otras interpretaciones, vide VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 379.

(160) *Ibidem*.

(161) *Ibidem*, pág. 380.

una tal asignación acreditar el pago de la legítima conmutada en dinero o la conformidad de los afectados, plenamente capaces o adecuadamente asistidos (y no se diga que eso significa sobrevalorar el papel de unas legítimas dinerarias en una reforma que las ha devaluado (cf. arts. 841 a 847 y concordantes), no sólo porque la devaluación no es total (artículo 843), sino también porque el peculiar régimen de esos preceptos precisa la inicial voluntad del testador, de un contador-partidor expresamente facultado —y el distribuidor ex art. 831 ya he dicho que *per se* no lo es— o de un contador-partidor dativo, donde hay una iniciativa mayoritaria de los afectados —teóricamente—).

IV. *Límites puestos al ejercicio de las anteriores facultades.*

1.º Mejorar «a los hijos comunes»:

La polémica sobre si la facultad desigualatoria del fiduciario se puede ejercitar sólo entre la primera generación (hijos), entre ésta y las ulteriores, pero sólo cuando intervengan por derecho de representación, o entre cualesquiera de ellas, aunque no opere dicho derecho (162), no ha querido ser zanjada por el legislador.

Antes bien, encuentro tres razones que podrían apoyar una interpretación estricta —la de que sólo se puede mejorar a los hijos— que se encontraba en franca decadencia doctrinal.

La primera de ellas es que el párrafo segundo, añadido por un legislador supuestamente más tecnificado que cuando quiere sabe precisar (cf. ad. ex art. 841, 1), vuelve a repetir la expresión «hijos comunes».

La segunda se apoya en la consideración de que no actuando plazo voluntario para el ejercicio de la delegación, y entrando en juego el legal, serían de mejor condición unos nietos, los que hubieran nacido antes de que transcurra el año desde la emancipación del último de los hijos comunes que los que nazcan después, que ya nunca se pueden ver beneficiados.

Y la tercera estriba en que en el segundo párrafo la palabra «hijos» parece que sólo se puede interpretar en sentido estricto, como referida a la primera generación, pues en otro caso el plazo del supérstite para ejecutar su cometido sería eterno, ya que siempre habrá algún descendiente actual o potencial pendiente de llegar a la emancipación.

Pero ninguna de estas consideraciones me parece decisiva para apartarme de la posición anterior mayoritaria que le permite al mejorante ejercer su cometido a todo lo largo de la línea descendente, sin exigencia alguna de inmediatez con él.

(162) *Vide* sus respectivos representantes en VALLET, *op. cit.*, pág. 384.

A las perennes razones de VALLET (163) cabe añadir, desvirtuando los argumentos anteriores, que:

— si, efectivamente, en el segundo párrafo a la palabra «hijos» sólo puede dársele una acepción restringida, ello justifica que ahí el legislador no haya empleado como en otros sitios la alternativa hijos o descendientes;

— si esa entelequia a la que vengo denominando legislador descuidó rectificar la expresión «hijos» en el primer párrafo del artículo 831, sin duda lo hizo por su deseo de introducir sólo las modificaciones imprescindibles para la mayor operatividad del precepto, y es evidente que ensanchar un concepto estrecho —hijos— no resultaba ineludible, cuando en el régimen anterior la interpretación doctrinal había logrado ese resultado;

— finalmente, el que sólo unos descendientes y no otros se puedan aprovechar de una sucesión con delación semideferida, es un azar que se produce siempre en toda sucesión de un ascendiente de segundo o ulterior grado (cf. art. 758, 1, CC), ya la disponga él, ya deje completarla a un tercero, como en nuestro artículo;

— además, si los nietos pueden ser sin discusión beneficiados indirectamente por el mejorante (arts. 782 y 824), ¿por qué no habrían de serlo directamente? (argumento utilizado para el ámbito subjetivo de la mejora en general);

— por último, los descendientes de ulterior grado se harían automáticamente de peor condición sin razón alguna con sólo que un cónyuge en lugar de ordenar su sucesión decida utilizar la fórmula del artículo 831, puesto que ya no podrían participar no sólo del segundo tercio, sino ni siquiera del tercio libre.

2.º Distribuir sólo entre los hijos comunes:

Gramaticalmente no hay razones para que sea el ámbito subjetivo de los descendientes comunes un límite a la facultad de distribuir. Para que así fuera, el precepto debería decir, aunque se tratase de una fórmula poco ortodoxa y nada eufónica: «distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto *entre* y mejorar en ellos *a*, los hijos comunes...», etc. Sintácticamente, pues, el complemento «a los hijos comunes» no puede referirse al verbo distribuir, pero, a pesar de ello, lógicamente así debe entenderse, porque no se concibe qué razones habría para que un cónyuge pudiese repartir los bienes del difunto «a su prudente arbitrio» entre sucesores extraños (p. ej., sus suegros). Además, el artículo 831

(163) *Comentarios...*, cit., pág. 385.

en esta faceta distributiva podría funcionar, aunque no hubiese hijos comunes, en contra de la intención manifiesta de sus redactores que si hubiesen querido convertir al cónyuge —con carácter general— en un hipotético supercontador lo habrían hecho en sede distinta, por ejemplo, tras el artículo 1.057, o dentro de él.

3.º Mejorar a los hijos comunes, habiendo hijos de otro matrimonio anterior del comitente, o adoptados plenamente sólo por él, o —ahora también— no matrimoniales suyos, sea habidos antes o durante (pero fuera) el matrimonio con el comisionado o antes o durante otro matrimonio anterior (pero también fuera del mismo).

Extrañamente en estos casos la doctrina —MANRESA, SCAEVOLA, SECO, BARRACHINA, VALLET (164)— se mostraba restrictiva en cuanto a la posible aplicación del artículo 831, bien porque negaran entonces su posible utilización, bien porque circunscribieran la facultad de desigualar a la porción teórica que pudiera corresponder sólo a los hijos comunes en el segundo y tercer tercio.

Yo, por el contrario, estimo que el comitente del artículo 831 es una persona con suficiente juicio como para saber la trascendencia de lo que hace, y de no apreciarse una voluntad clara de ordenar sólo la posibilidad de mejorar en la proporción correspondiente a los hijos comunes, hay que interpretar que ha querido erigir al comisionado en árbitro indirecto de lo que puede corresponder a esos hijos unilaterales. Si él mismo pudo favorecer con dos tercios sólo a su prole matrimonial, ¿por qué no va a poder delegar su decisión al respecto? Quizá sea una forma de sujetar aquellos hijos unilaterales a su madrastra o padrastro no muy bien vistos por los mismos, pero en cuya ecuanimidad fía totalmente el causante. Acaso sea una fórmula para contentar al cónyuge herido por el adulterio fértil, consiguiendo que continúe la vida matrimonial al poner en sus manos el resorte que le asegure (relativamente, pues hasta última hora cabe la revocación cuando menos indirecta, como vimos), que la mayor parte del caudal va a poderlo desviar él mismo en provecho sólo de la progenie común, etcétera.

Lo que resulta evidente es que el fiduciario sólo puede realizar la mejora entre hijos comunes, nunca entre los unilaterales, aunque a éstos les puede beneficiar merced al rodeo de no disponer de una parte o de todo el caudal que tiene a su disposición y de esta suerte la totalidad de los hijos de cualquier clase participarán más o menos por igual de la sucesión preordenada por el comitente o por la Ley.

Habiendo esos hijos de sólo el causante no es muy recomendable, ciertamente, acudir al artículo 831 y, desde luego, es fácil que surjan

(164) *Comentarios...*, cit., págs. 385-6.

conflictos para la liquidación inmediata de los gananciales, en su caso, y para la detracción de la porción legitimaria. Es más, si se reclama inmediatamente esa detracción y se aparta sólo un tercio del caudal, ya se puede decir que hay una voluntad inicial de mejorar a los hijos comunes, aunque no creo que constituya, en todo caso, una voluntad irrevocable, es decir, una premejora efectiva en favor del colectivo constituido por la prole común (pues en tal caso si el comisionado muere sin desigualar participarían sólo del segundo y tercer tercio los descendientes comunes, siendo así que al apartar la legítima estricta lo único que acaso se quiso fue distribuir —no sólo entre los unilaterales— lo que indudablemente les había de corresponder como mínimo).

Con mayor motivo sostengo que cabe distribuir, es decir, partir al prudente arbitrio entre los hijos comunes, aunque existan hijos unilaterales del premuerto.

En cuanto a si en ese caso de concurrencia o en otros, v.gr., con atributarios extraños —incluidos adoptados simples comunes o unilaterales— de la porción libre (y no sólo por vía de legados parciarios, sino también de institución *ex asse*), puede considerarse al fiduciario como contador-partidor, si renuncia a su cuota y no hay prohibición del testador (165), ya he dicho, aunque refiriéndome sólo a la legítima estricta, que no cabe inducirlo del tenor del artículo 831. Si el causante ha querido, siquiera implícitamente, acumular al cargo de mejorante-distribuidor el de contador ordinario o especial, se puede estar de acuerdo con VALLET; pero del mero y escueto uso de la delegación del artículo 831 no me parece posible inferirlo.

4.º Respetar las legítimas, las mejoras y las demás disposiciones del causante:

a) Legítimas: Que, por hipótesis, sólo pueden ser las de los hijos o descendientes comunes o las de los unilaterales. También he apuntado que *per se* no parece que el comisionado, al amparo escueto del artículo 831, tenga la facultad de autorizar la conmutación cualitativa que ahora conceden los artículos 841 a 847 (cf. el adverbio «expresamente» del párrafo inicial del primero de esos preceptos), pero sí la tiene, en cambio, en los casos más justificados de los artículos 829 y 1.056, 2.

b) Mejoras: Ya he dicho que para mí esta expresión, referida al premuerto, recobra su sentido técnico de desigualación en sólo un tercio. Ha desaparecido la perogrullesca exigencia de que fuesen «hechas en vida» por el finado, pero no cabe duda que el fiduciario habrá de respetar

(165) Véase esta cuestión expuesta por VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 387.

cualesquiera mejoras del comitente, sean *inter vivos* o *mortis causa*, unilaterales o contractuales, expresas o tácitas, de cosa o de cuota, etcétera.

c) Demás disposiciones del causante: Este límite puede referirse a cualesquiera atribuciones hechas por el causante con cargo al tercio libre, las cuales sin duda deberán ser acatadas por el fiduciario, pero también a cualesquiera instrucciones o condicionamientos impuestos por el comitente al tiempo (o después) de conferir el encargo, y referidos al ejercicio de las facultades que delega, en sus aspectos temporal, espacial, modal, etc. La infracción de este límite (como la del anterior), ya apunté siguiendo a VALLET que puede provocar la rescisión de cualquier partición del supérstite que incurra en ella, aunque no parece que sea el único tipo de ineficacia aducible. Si se transgrede el límite de las legítimas, éstas podrán defenderse mediante sus acciones ordinarias de sobra conocidas.

V. Presupuestos.

1.º Que exista matrimonio consumado (166) entre causante y comisionado.

a) En caso de nulidad, desaparecido el artículo 1.429, en relación con el 1.440, también antiguo, y máxime a la vista de la más precisa doctrina acerca del matrimonio putativo (art. 79 actual), cabe decir con VALLET (quien matiza la anterior opinión similar de DÍAZ FUENTES) que «los efectos de la sentencia de nulidad, si bien no invalidan los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge supérstite de buena fe, excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio» (167).

b) En caso de separación también decae el nombramiento (salvo insólito mantenimiento en el «convenio regulador» a que se refieren los artículos 81, 90 y 103 CC, reformados por la Ley 30/1981, de 7 de julio), y sin que quepa distinguir, como tampoco hace ya el legislador a ningún efecto, entre cónyuge culpable o inocente. Incluso la mera admisión de la demanda de separación (dígase lo mismo de las de nulidad y divorcio), o incluso la simple solicitud de las medidas provisionalísimas (art. 104 reformado), siempre que subsiga aquélla dentro de plazo, motiva ya la revocación provisional *ex lege* del nombramiento (art. 102, 2), que se convierte en definitiva por la estimación de la demanda o por la finalización del procedimiento de otro modo (art. 106, 2). Igual que en el régimen anterior, la delegación recobra toda su vigencia en caso de reconciliación de los cónyuges separados (art. 84).

(166) El secular concepto de consumación quizá deba revisarse a la vista de los adelantos de la inseminación artificial.

(167) *Comentarios...*, cit., pág. 374.

c) En caso de divorcio vale todo lo dicho para la separación, salvo que resulta imposible la subsistencia del nombramiento en el «convenio regulador» al faltar el presupuesto legal del matrimonio y que la reconciliación sólo puede tener lugar con efectos sanatorios hasta antes de que se dicte sentencia (art. 88, 1); después se necesitaría nuevo matrimonio y nueva ordenación de las facultades del 831 (art. 88, 2).

d) Finalmente, en caso de separación de hecho, tan reforzada en las últimas reformas, no encuentro apoyo legal alguno para estimar revocada tácitamente y por disposición de la Ley una delegación que casi siempre se podrá retirar de modo expreso y unilateral y si no por la vía indirecta antes señalada. Además, convertir esa separación fáctica en un *status* jurídico (separación, divorcio, siquiera *in fieri*) resulta extremadamente fácil (cf. arts. 82 y 86).

2.º El segundo presupuesto que señalaba VALLET, a saber, que el cónyuge premuerto falleciese intestado, parece que hubiera dejado de serlo con carácter necesario en la regulación actual, pero si bien se mira tanto entonces como ahora de lo que se trataba era de que falleciese o sin testamento o con un testamento, anterior o posterior a la delegación, que dejase un cierto campo a la actuación de ésta. Y entonces, como hoy, ese margen de maniobra lo dejaban y lo dejan:

— los testamentos que se limitan a establecer una cautela de opción compensatoria (SOCINI) con usufructo universal para el viudo, al amparo del artículo 820, 3.º, del Código Civil;

— los que no agotan todo el caudal;

— los que agotan las cuotas teóricas, pero no las cubren con bienes determinados;

— y hasta los que han distribuido todos los bienes del causante, pero fueron otorgados antes de la ordenación de la delegación ex artículo 831, porque:

● si ésta se canalizó vía testamento, es fácil que el segundo testamento —el de nombramiento— deba entenderse como revocatorio del primero —el partitivo—;

● si se canalizó vía capítulos, siempre puede actuar el cónyuge comisionado respecto de bienes ulteriores no distribuidos específicamente o en aquellos casos en que, a pesar de aquel testamento primitivo, se abre la sucesión intestada, por ser el mismo nulo total o parcialmente o anulable por preterición no intencional, etc. (por lo que su nombramiento se debe entender hecho *ad cautelam*).

3.º Que el cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias.

Para la confrontación de este requisito con los artículos 793 y 972,

véanse las acertadas precisiones de VALLET (168), con quien coincido en que el matrimonio contraído después del ejercicio de la delegación no afecta a lo actuado, pero no en sus otras opiniones sobre este presupuesto; así:

— Para mí el posterior matrimonio declarado nulo, y aunque deje hijos amparados por el actual artículo 79, es como si no hubiese existido a los efectos que ahora interesan. La tradicional enemiga de nuestro legislador (y más aún la de los forales, en especial la del navarro) hacia la binupcialidad debe interpretarse restrictivamente (cf. art. 3.º, 1, del Título preliminar del CC —«realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas—), sobre todo cuando aquí, al estar cerrado el círculo de los beneficiarios no hay posibilidad de desvío afectivo (169). No parece justo imaginar que las nuevas bodas del viudo (bodas que estadísticamente hay más probabilidades de que no sean fértiles; pero aunque lo sean) van a enturbiar la capacidad de elección y distribución del exbínubo entre sus hijos comunes: el legislador debió suprimir ese obsoleto requisito, pero, al no hacerlo, creo que por lo menos es lícito interpretarlo restrictivamente en nuestro caso de segundo matrimonio anulado.

— Más dudas me ofrece mantener la misma solución para el matrimonio no inscrito, y no porque la *ratio* no sea la misma, sino porque tropezamos con una normativa al respecto pendiente de precisión jurisprudencial: cf. el artículo 61, 2, del Código Civil, y repárese en la adición del adjetivo «plenos» (170) al reconocimiento de los efectos civiles tras la inscripción, lo que induce a pensar que antes de ella podía haber algún tipo de reconocimiento en otros aspectos, por ejemplo, en el de impedir la aplicación de una delegación ex artículo 831 (171).

(168) *Comentarios...*, cit., pág. 375.

(169) Además medítese lo malparada que queda en la reforma alguna institución basada en ese posible desvío como la reserva vidual. Cfr. artículo 980, 1.º, del Código Civil si se interpreta que la reserva de la primera alternativa de ese párrafo no surge hasta la viudez del adúltero, dando prevalencia a la voz «viudo» sobre el último párrafo del artículo 980, cuyo alcance sería puramente obligacional, como en la versión anterior.

(170) Ya aparecía en el artículo VI, 1, 2.º, del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

(171) Obsérvese también la significativa variación que se produjo en el párrafo tercero de ese artículo 61 en su periplo parlamentario. El Proyecto decía: «El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos *patrimoniales* —y el mantenimiento o no de una delegación del 831 no parece que tenga que ver con ellos— adquiridos de buena fe por terceras personas». Fue la Ponencia del Congreso la que le dio la problemática redacción actual, no muy distante de la del párrafo tercero del antiguo artículo 76.

— Finalmente, me parece defendible que este presupuesto y sólo éste pueda ser dispensado por el testador o capitulante, pues la Ley confía a las partes en muchos otros casos la decisión sobre los efectos que deban o no surtir las segundas nupcias: arts. 793; 493, en relación con el actual 492; 970, referido, por lo menos, a los hijos del reservista, si es que no al causante de la reserva; artículo 168, en su versión anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, etc. Téngase presente que aquí no puede haber perjuicio para los hijos comunes y sí beneficio al propiciar que se les provea de un nuevo padre o madre (171 bis).

4.º Que sobrevivan hijos comunes.

Hijos que sólo pueden seguir siendo hoy matrimoniales (entre los que se incluyen los sobrevenidamente tales: art. 119) o hijos adoptados plenamente en forma conjunta y, ¿por qué no?, también adoptados en forma simple por ambos cónyuges, aunque no sea más que para distribuir entre ellos las porciones que voluntariamente se les hubiera dejado por el premuerto (en caso de sucesión intestada del ordenante siempre se les antepone, como mínimo, el llamamiento del propio cónyuge comisionado: cf. art. 180, 4).

De acuerdo con VALLET (172) en que no empece al nombramiento la existencia de hijos anteriores propios del distribuidor (173), ni la de hijos de un matrimonio (174) previo del cónyuge premuerto.

También participo de su opinión de que el mejorante-distribuidor tiene cometido, aunque sólo quede un hijo común, con tal de que éste sea fértil posteriormente. Ahora bien, esos posibles distributarios de ulterior grado, ¿deben ser como los del primero, matrimoniales o adoptivos comunes? Entiendo que no, puesto que todos ellos tienen parentesco biológico o artificial con el cónyuge supérstite y el ordenante. El artículo 831 sigue siendo un privilegio para la familia legítima, sí, pero sólo en cuanto a la primera generación de ella surgida; en cuanto a las posteriores, la nueva filosofía de la Ley exige la solución contraria.

(171 bis) Un nuevo apoyo para esta dispensabilidad del requisito de no contraer nuevas nupcias lo encuentro ya en fase de corrección de pruebas en la analogía con el artículo 26 de la inefable Ley 49/1981, de 24 de diciembre, por la que se ha aprobado el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, precepto aquél que reza así: «El cónyuge que contraiga nuevas nupcias perderá su cualidad de comisario, *salvo disposición expresa del causante*».

(172) *Comentarios...*, cit., pág. 376.

(173) Tampoco, para mí, la de posteriores no matrimoniales, ni de adoptivos unilaterales, ni siquiera, como vimos, la de matrimoniales putativos.

(174) Igualmente la de hijos no matrimoniales, ni la de adoptivos individuales, como ya puse de relieve anteriormente.

5.º Que el cónyuge supérstite no haya sido justamente desheredado (175) ni declarado indigno (176) —quedando sin efecto lo que hubiera hecho hasta esa última declaración si se produce *post mortem* (arg.: analogía con el art. 760), salvo que hayan transcurrido cinco años (artículo 762)— y no esté afectado por ninguna incapacidad que vicie su sano juicio.

En cuanto al problema de que, por premoriencia de uno de los hijos comunes, pase a ser transmisario suyo el propio cónyuge comisionado, que quedaría inhabilitado por posible parcialidad en su beneficio, se precisa para solucionarlo profundizar en el fenómeno sucesorio que presupone el artículo 831:

— si se ha conferido la facultad de desigualar, desde el momento de la apertura de la sucesión se produce una mera vocación (o si se prefiere una semidelación colectiva o genérica como la del art. 749, *servata distantia*) en hasta dos tercios del caudal hacia todos los descendientes comunes, incluidos los venideros; pero la delación concreta de esa porción requiere un elemento más: un acto de voluntad por parte del comisionado. Es en este segundo momento cuando se tiene que reunir la testamentifacción pasiva, comenzando por la existencia. Evidente resulta entonces que si un hijo premuere al o a los actos de elección nada transmite a sus herederos, ni siquiera el derecho de representación en su posición expectante, puesto que sus descendientes son mejorables por su propio derecho, ni, en concreto, a su otro progenitor; se exceptúa su porción legitimaria, deferida desde el primer momento, sea por vía de institución o legado voluntarios hechos por el comitente, sea por vía de institución *ab intestato*;

— si sólo se confirió la facultad de distribuir al prudente arbitrio del fiduciario, entonces la delación de la herencia en las cuotas voluntarias o legales se produce en el momento de la muerte del fiduciante, como ocurre para la legítima estricta en todos los casos y si hay derecho de transmisión en cuanto a aquellas cuotas, pero a pesar de eso el ar-

(175) La desheredación puede interpretarse como una revocación implícita. No se concibe que en un testamento se desherede al cónyuge y al mismo tiempo se le entiendan delegadas por otro previo, facultades tan personales como las de mejorar y distribuir entre los hijos comunes. Pero se obraría cuerdaamente si además de desheredar al cónyuge se revoca la delegación y, en general, todo el testamento o disposición capitular no corresponsiva en que se confirieron las facultades del artículo 831.

(176) Tiene menos apoyo positivo este requisito de no haber sido declarado indigno desde el momento en que el cónyuge distribuidor-mejorante no sucede al premuerto y quizá su comportamiento hacia los hijos (salvo en el motivo 1.º del artículo 756) sea excelente; pero interpretando la sujeción de éstos hacia aquél como un beneficio sucesorio indirecto, quizá se pueda evitar el contrasentido de un indigno repartiendo una herencia de la que culpablemente ha sido excluido.

título 831 debe interpretarse como una dispensa (177) genérica de cualesquiera conflictos de intereses entre comisionado e hijos (excepción hecha de los referidos a las legítimas —y gananciales— ante los que el propio legislador frenó); aquél ya puede perjudicarles al señalar su cuota usufructuaria, y si vamos a preocuparnos ahora del caso en que el propio distribuidor, como transmisario, puede beneficiarse en el reparto, resucitamos para un supuesto marginal una desconfianza que está ausente de toda la regulación legal. Esto no quiere decir que los posibles perjudicados no puedan reaccionar contra una actuación interesada del comisionado, pero sí que su defensa no estriba en controles *a priori* o en desvirtuación del nombramiento a la menor sombra de contraposición. El artículo 831 constituye, como en las regiones forales, un caso de fiducia, y si imaginamos suspicacias y recelos entre el supérstite y sus descendientes esterilizaremos el precepto. ¡Bastante que ya me parezca inevitable dar entrada a estos últimos en la liquidación de gananciales y en la separación de la legítima estricta! Además, lo que se adjudique a sí mismo el cónyuge mero distribuidor (no mejorante, ni mejorante-distribuidor, que a éste —repito— no le llega ningún derecho por la muerte de un descendiente sin prole) probablemente revertirá en su día a los demás hijos comunes a través de la propia herencia de aquél en la que tienen asegurados dos tercios (el caso de que el comisionado-transmisario tenga, además, hijos no comunes es demasiado marginal para que inspire la solución general), pero sólo en el caso y en la medida en que la transmisión desde el descendiente premuerto al comisionado no se haya producido por ministerio de la Ley, pues en ese caso tienen asegurado la totalidad del valor de los bienes adjudicados, por el juego de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil (178).

VI. *Formas de ejercitar la comisión.*

Aquí cabe remitirse totalmente a los comentarios de VALLET (179), incluso en lo que se refiere a la innecesidad de que los hijos comunes sean declarados judicialmente herederos *ab intestato*, máxime cuando pueden serlo testamentarios o serlo *ex testamento*, otras personas (incluso el propio comisionado) y dejarse a ellos el resto de los dos tercios disponibles a título de legado.

(177) Dispensa concedida por el legislador *in abstracto* al construir la norma y ratificada por el ordenante *in concreto* al acogerse a ella.

(178) Por cierto también muy malparada en su fundamento, tras la reforma, a la vista de la anteposición del cónyuge a cualesquiera colaterales en el nuevo orden de sucesión abintestato.

(179) *Op. cit.*, págs. 388-9.

VII. Plazo.

Para las opiniones anteriores, de nuevo véase VALLET (180).

Hoy la cuestión ha sido zanjada por el legislador en el nuevo párrafo segundo del artículo 831, no del todo exento de cuestiones:

1.^a En primer lugar, se permite que se señale plazo (por el ordenante hay que entender); plazo que podrá fijarse en las mismas escrituras (capitulaciones, testamento) de delegación o en otras posteriores. El señalamiento no parece que deba ser expreso; puede ser implícito: v.gr., en el caso de que el testador haya prohibido la indivisión de su herencia (art. 1.051) es evidente que la delegación se extiende hasta que concurra alguna de las causas que extinguen la sociedad; si se ha designado usufructuario universal al comisionado al amparo del artículo 820, 3.º, del Código Civil, incluso aunque no se acepte la opción, parece manifiesta la voluntad de que el encargo se entienda vitalicio, etcétera.

De esto último se deduce que el plazo señalado puede ser la vida del fiduciario, en contra de lo que entendió para el Derecho vizcaíno la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1964, pues la finalidad del precepto debe prevalecer sobre la conclusión a que nos conduce el aforismo «*dies incertus quando in testamento conditionem facit*».

2.^a En defecto de plazo el legislador previene, con fórmula que recuerda al artículo 19, 2, de la Compilación de Vizcaya, el de un año (computado de fecha a fecha: art. 5.º, 1, CC), contado desde la apertura de la sucesión (muerte o declaración de fallecimiento) o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

El «en su caso» significa que la segunda alternativa sólo actúa si queda algún hijo común (concepto que ya vimos era aquí de interpretación estricta), pendiente de llegar a la emancipación.

¿Qué se debe entender por emancipación? El legislador mantiene en la reforma el sentido amplio (desaparición de cualesquiera restricciones de capacidad: art. 314, 1.º) y el sentido estricto (art. 314, 2.º, 3.º y 4.º, en relación con los arts. 323 y 324, siempre actuales) (181) de dicho concepto. Yo entiendo que ha querido referirse a los dos (como lo hace el inciso inicial del art. 314); de manera que el año empieza a transcurrir desde que el último de los hijos comunes o llega a los dieciocho años o casa antes mediante dispensa o se le emancipa por el progenitor supér-

(180) *Ibidem*, págs. 389 a 391.

(181) Bien entendido que la emancipación por matrimonio sólo actuará en caso de dispensa del impedimento de edad en los términos del artículo 48, 2; ordinariamente el que contrae matrimonio estará emancipado por alguna de las vías del artículo 314, o probablemente también del 319.

tite o por el Juez (182) o incluso vive independiente con el consentimiento del comisionado (art. 319); y

3.^a Una última cuestión es la de si el plazo conferido voluntariamente o por la Ley puede ser prorrogado por los afectados, aunque no se vea muy bien cuál puede ser el motivo (quizá una mejor meditación de su decisión por parte del mejorable que haya de quedarse en la casa, etcétera). Si lo conceden por unanimidad todos los descendientes (183) entonces existentes no parece que el artículo 831, 2, sea más imperativo que el 904; si sólo se concede por mayoría, también me inclino por la aplicación analógica del artículo 906, inciso segundo (concesión de otro año), pues existe la misma *ratio*.

Incluso para por lo menos la facultad de distribuir creo posible la prórroga judicial del artículo 905, 2, del Código Civil.

VIII. *Condición jurídica de los beneficiarios.*

Puede ser muy diversa, en función de las distintas posibilidades:

A) Si el ordenante los designó herederos (cosa que sólo parece que podrá hacer si utiliza la vía testamentaria; la capitular sólo vale para delegar escuetamente las facultades del art. 831) tendrán esa condición desde el primer momento, siempre que acepten la sucesión, aunque sea por vía de admisión o reclamación de legítima estricta.

A su vez, el comitente puede precisar más o menos el círculo de sus sucesores, circunscribiéndolo a sólo los hijos, o sólo los nietos —salva la legítima de los primeros—, o, por el contrario, llamando como herederos a los descendientes comunes en general o remitiéndose al artículo 831 (con esta o parecida fórmula: «delega en su cónyuge las facultades del art. 831 CC para que pueda distribuir y mejorar entre las *personas* a que se refiere dicho precepto legal», etc.). La distinción tiene trascendencia en orden a la administración y disposición del caudal yacente, como destacaré en seguida.

B) El ordenante testamentario también puede dejarles a sus descendientes el caudal desigualable por vía de legado (cauce que también puede valer para cumplir con sus legítimas estrictas); en ese caso el heredero, de no serlo el propio comisionado, deberá entregar a los des-

(182) Si este último concede la emancipación por nuevas nupcias del fiduciario no dispensadas por el ordenante, ya vimos que se entendía revocada *ex tunc* la delegación.

(183) A menos que el ordenante hubiese circunscrito la órbita de esos descendientes, permitiendo mejorar sólo a los hijos o sólo a los nietos, etc., en cuyo caso basta la unanimidad de los actuales componentes del círculo elegido.

cendientes sus legados legitimarios y al fiduciario el resto del caudal disponible que no corresponda al heredero entregante.

C) Finalmente, si el ordenante nada dice acerca de la condición de herederos o legatarios de sus descendientes, lo mismo que si fallece intestado (con meros capítulos), los descendientes serán también herederos (legítimos) si aceptan alguna porción distribuida o la legítima apartada. Y obsérvese que los dos tercios desigualables pueden llegar a un no heredero por vivir el descendiente intermedio, ¿cuál será entonces el título de la atribución? No parece que pueda ser otro sino el de un legado, abstracta o genéricamente preordenado por el comitente (que debió contemplar esa posibilidad), pero actuado *in concreto* por el fiduciario.

Los derechos y obligaciones de los beneficiarios varían de acuerdo con el anterior cuadro. Prescindiendo de los que deriven del título por el cual reciban la legítima estricta, en su caso, y ciñéndome a sus facultades y obligaciones por lo que voluntariamente les haga llegar el mejorante-distribuidor:

a) Si son herederos testamentarios o legítimos:

— gozarán de posesión civilísima —sin interrupción desde la muerte del comitente— en el caso de que acepten la delación concreta, igual o desigual, que les haga el fiduciario;

— estarán investidos desde ese mismo momento de la adición de la *actio petitio hereditatis*;

— responderán personalmente, *ultra* o *intra vires*, según los casos (artículos 1.003, 1.023, etc.), de las deudas hereditarias; responsabilidad que ya les alcanza con sólo que hayan aceptado las legítimas dejadas por vía de institución, aunque al verlas mermadas por la satisfacción de débitos sobrevenidos podrán reclamar del comisionado que se las complete con cargo al caudal retenido. Además, si ya aceptaron esas legítimas, como herederos, no podrán repudiar las atribuciones que les haga el mejorante (arts. 990 y 833 *a contrario*).

b) Si son legatarios o prelegatarios tendrán las típicas facultades de los mismos, aunque nunca habrán podido ser legatarios de cosa específica, sino de cuota (concretada y pagada por el comisionado).

IX. Situación del caudal desigualable en el período de pendencia de la delegación.

En este punto puedo volver a remitirme a VALLET (184), aunque he de hacer la salvedad de que participo de su criterio de la necesaria in-

(184) *Comentarios...*, cit., págs. 391 a 394.

tervención del fiduciario en la disposición de bienes del caudal designable, si el elenco de beneficiarios es abierto (por voluntad del causante o por dejar jugar, sin más, al art. 831); pero si es cerrado, es decir, si sólo pueden ser beneficiarios, por disposición expresa, los hijos comunes, o sólo los nietos ya existentes al morir el ordenante, o unos y otros, etcétera, es evidente que, actuando todo el colectivo de acuerdo, será innecesaria la intervención del viudo, aunque el precio o contraprestación quede subrogado dentro del caudal mejorable, pues de lo contrario se podría vulnerar otra de las posibles finalidades de la delegación: la sujeción al supérstite.

Por último, en cuanto a la administración del caudal yacente, suscribo todas las observaciones de VALLET y me inclino por la primera de las alternativas que resume, o sea que para los actos de ejercicio de aquella administración, y en defecto siempre de recomendable previsión por el ordenante, se precisará la unanimidad de todos los beneficiables o, en otro caso, decisión judicial, pues la otra fórmula, la de decidirlos por mayoría de cuotas, en función de las correspondientes *ab intestato*, ofrece el inconveniente de que algunos de los descendientes, potenciales destinatarios del haber, pueden no ser sucesores legítimos.

Las orientaciones foralizantes que preconiza GARRIDO DE PALMA (185) entiendo asimismo que son más bien propias de Derecho constituyente, que tampoco ahora el legislador de 1981 ha querido erigir en constituido.

Cambrils, 7 de septiembre de 1981.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de la Propiedad

(185) GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, págs. 386-7.