

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 77

© Joaquín Sapena Tomás

I. S. B. N.: Exento

Depósito legal: V-3208-2010

Ugarit Comunicación Gráfica S.L.

Pla de Foios 13. Polígono Industrial III Moncada. VALENCIA. 96 139 99 46

Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)

Discurso de Ingreso en la academia valenciana
de jurisprudencia y legislación

PREÁMBULO

El tema de que voy a tratar es el de una especial fiducia sucesoria, materia de la cual la mayoría de los juristas de territorios sin legislación foral que la ampare, como aquí, poco conocimiento y menos simpatía suelen tener, ya que en nuestro Código a un solo precepto está relegada, y en la práctica es casi totalmente desconocida.

En lo que a mí concierne, las tornas cambiaron, y casi desde el principio de los siete años de ejercicio como Notario de Benabarre, en el Alto Aragón, me convertí, no ya en partidario, sino entusiasta de la fiducia entre cónyuges, que allí se aplica con la mayor amplitud y con un resultado que la práctica da por excelente a lo largo de varios siglos. Valga esto como justificación, la de un enamorado, en cuanto pueda excederme.

Por otra parte, creo conveniente unas cortas precisiones:

El artículo 831 del Código civil se modifica, desarrollándolo con amplitud, dentro de la Ley 41 del 2003, titulada “*de protección patrimonial de las personas con discapacidad*” y de modificaciones legales “*con esta finalidad*”, pero que, acertadamente, en lo que afecta a dicho precepto regula la fiducia entre cónyuges o entre padres con la mayor amplitud, es decir, con posibilidades de aplicación a todos los hijos y descendientes comunes, no sólo a los discapacitados, si bien es cierto que, manteniéndose en la misma línea de los textos precedentes, son los necesitados de protección quienes pueden y deben resultar beneficiados.

Quizá por ello, es decir, su justificación en el propósito del legislador, parece que no haya habido el menor problema al consagrar el nuevo texto, ya que en los debates y resoluciones del Congreso y del Senado, ninguna o pequeña es la referencia a la modificación del artículo que nos ocupa, llegando incluso a decir, tanto al aprobarlo como en la exposición de motivos, que “se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de *introducir una nueva figura* de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”, cuando no es nueva y con el texto anterior ya se podía cumplir con esta finalidad. Lo que se ha hecho es desarrollar el precepto atendiendo a los conflictos que, por las complejidades familiares o por la inexistencia de la familia, se pueden producir y de hecho se producirán, sin que a mí ahora corresponda enjuiciar las causas de tales efectos.

Una excusa gramatical pido a los oyentes: la de usar la palabra *fiduciante* aplicándola a quien ordena la fiducia con relación a sus bienes, pues quedarnos con la de testador, que la Ley emplea en su exposición y comentario, puede llevarnos a la confusión con el *fiduciario*, que también puede ser testador al cumplir su cometido. Esto es, añadiendo a la raíz, “fiducia”, sufijos distintos para quien deposita en el otro su confianza, “ante”, y quien la recibe para cumplir el encargo, “ario”, es decir, *fiduciante* y *fiduciario*, delimitando cada referencia, aunque para la Real Academia de la Lengua Castellana no exista el primer término. Y por otra sin emplear *fideicomitente*, ya que es el término apropiado para el fideicomiso ordinario y la sustitución fideicomisaria, figuras de la que se diferencia y separa la nuestra, tanto por su finalidad como por su regulación.

Finalmente, he creído mejor estudiar por una parte y por extenso la fiducia conyugal, como hace el propio texto legal dedicándole sus cinco primeros apartados, y después la fiducia entre padres no casados, que el 831 consagra como nueva situación en el número seis, remitiéndonos con cuatro líneas a toda la regulación precedente. Y así lo hago también, pues si en cada punto hubiera de referirme a ambos tipos, a la fiducia conyugal y a la fiducia paternal, es decir, distinguiendo si están o no casados entre sí, aunque igualmente padres sean, la exposición se extendería con términos repetitivos sin mayor claridad y con más pesadez ⁽¹⁾.

1 Enrique ALPAÑES, Notario que de la práctica en Asturias aprendió y se entusiasmó con esta figura, nos decía que “este artículo constituye un poderoso instrumento en manos del viudo o la viuda para conservar la cohesión familiar”, cuyo fundamento remoto “no puede ser otro que el arbitrar a los ciudadanos medios aptos para con-

I. ANTECEDENTES

En los albores de lo que hoy es nuestro Derecho de sucesiones, en la época clásica del Derecho romano ⁽²⁾, destaca, y puede decirse que casi es el único tipo, el *testamentum per aes et libram*, una encomienda contractual impuesta al fiduciario con la carga de hacer llegar los bienes a manos de un tercero, *fiducia cum amico contracta*, celebrada en interés del fiduciante, es decir, para el cumplimiento del fin por éste perseguido que consistía en la atribución de los bienes, una vez fallecido, a las personas que había indicado al fiduciario. En su forma originaria, el *testamentum per aes et libram* se componía de dos negocios jurídicos entre vivos: una *mancipatio*, por la cual el testador cedía su patrimonio a un fiduciario, *familiae emptor*, y la entrega de los bienes por el fiduciario a los herederos, cumpliendo el encargo hecho por el testador fiduciante en la *nuncupatio* del acto mancipatorio: la transmisión de los bienes al fiduciario era completamente real, de tal modo que su cumplimiento dependía de su buena fe y únicamente estaba garantizado por su fidelidad, derivando los instituidos su derecho del fiduciario-propietario y no del fiduciante-transmitente, por lo cual sólo podrían transmitirse bienes en concreto y no la universalidad de la herencia como tal, aunque por aquel camino, bien por bien, pudiera agotarse el caudal. Más adelante, en desarrollo de la figura acorde con su causa, el fiduciario no se convierte en propietario de los bienes: el testamento adquiere el carácter de un verdadero acto de disposición mortis causa con efectos inmediatos para los herederos, y así “las deficiencias del antiguo testamento de confianza fueron corregidas”.

Los avatares del Derecho hispánico, desde el cese de la dominación romana hasta la consolidación de las grandes monarquías territoriales (en cuanto al actual territorio de Derecho común, la de Castilla, que unificaba los antiguos reinos de Asturias, Galicia, León y Castilla), si estudiáramos todas las fuentes legales, y en especial la costumbre, nos lle-

seguir las finalidades que el legislador estima justas” (pág. 289); precepto que, en parangón con las instituciones forales que lo mismo persiguen, otro Notario, Víctor GARRIDO DE PALMA, estima “necesario, vital para que en las regiones de Derecho común, la casa, la hacienda, la empresa, el patrimonio familiar en definitiva, no se desmembre o destruya, para que el amor a lo logrado con esfuerzo por el matrimonio se consiga”. (La delegación de la facultad de mejorar, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1953, tomo 194, pág. 372)

2 P. JORS Y W. CUNKEL.: Derecho privado romano, Barcelona, 1957, págs., 448 a 451.

varían a una casuística con disparidad de criterios y soluciones en el punto de la fiducia sucesoria, figura que, si bien conveniente, era campo propicio para infidelidades y abusos.

La trayectoria legislativa se condensa en tres hitos: el Fuero Real, que la permite sin restricción ⁽³⁾; las Partidas, que la prohíben, para acto seguido permitirle con cautelas que convierten al fiduciario en un simple *nuntius* ⁽⁴⁾, quizá por querer suavizar el Derecho romano justinianeo con la permisiva costumbre castellana en imposible armonía; y las Leyes de Toro, que confirman la prohibición alegando razones de equidad por consecuencia del mal uso que de la figura se había hecho al convertir al fiduciario en omnímodo apoderado post-mortem ⁽⁵⁾.

En cuanto a los derechos forales, la fiducia conyugal, vivida en heredamientos y capitulaciones antes de que la ley escrita la amparara y regulara, la recogió someramente el artículo 29 del Apéndice al Código Civil de 1925, que la Compilación de 1967 trataba con mayor amplitud, distinguiendo entre la fiducia conyugal u ordinaria y la *fiducia colectiva* para “ordenar la sucesión de la *casa*” (art. 110 a 118). Y por la Ley 1 de 1999 de las Cortes de Aragón, se modifica esta materia, reuniendo las disposiciones en el Título IV, “De la fiducia sucesoria” (arts. 124 a 148), con una disposición a destacar: la de que “la fiducia debería ejecutarse necesariamente por acto intervivos formalizado en escritura pública”, pero si el fiduciario único es el cónyuge, podrá hacerlo por testamento, salvo las restricciones que se establecen.

3 Ley 7ª, tit. V, lib. 111: “Si alguno no quisiere, o no pudiere ordenar por sí la manda que ficere de sus cosas, é diere su poder á otri, que la ordene, é dé, é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puédalo hacer: é lo que él ordenare ó diere, vala, así como si lo ordenase aquel que dió el poder”.

4 Ley 11, tit. III, Part. 6ª: “declara debe, é nombrar el hacedor del testamento por si mismo, el nome de aquel que estableciese por heredero. Ca, si él otorgase poder a otro, que lo estableciese en su lugar non valdría; Maguer dijese así: aquel sea mio heredero que fulano quisiere ó estableciere por mio lo que sea. Esto es, porque el establecimiento del heredero, é de las mandas, non debe ser puesto en albedrío de otro”.

5 Ley 1ª, tit. XIX, lib. X, Novísima Recopilación (31 de Toro): “Porque muchas veces acaece, que algunos, porque no pueden, ó porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos, y los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con tales poderes, estendiéndose á más de la voluntad de aquellos que lo dan; por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos que de aquí adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero” y todo lo demás que enumera, salvo “hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no más”.

En Navarra se puede nombrar fiduciario-comisario al cónyuge o a otra u otras personas, individual, conjunta o subsidiariamente, por testamento, capitulaciones o escritura pública (Ley 281), y también, instituir herederos de confianza o fiduciarios a personas individuales o jurídicas para disponer de los bienes conforme a las instrucciones escritas o verbales del testador (Ley 289), en la Compilación de 1973.

En Ibiza y Formentera, puede nombrarse fiduciario al cónyuge para ordenar la sucesión entre los descendientes comunes, en testamento o escritura pública (art. 71 de la Compilación de Baleares, Decreto legislativo 79 de 1990).

En Vizcaya, cualquier persona puede encomendar a una o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuanto corresponda a la transmisión sucesoria de los mismos, nombrándolo en testamento ante Notario (Derecho civil foral del País Vasco) pudiendo los cónyuges nombrarse recíprocamente comisarios en la escritura de capitulaciones o pacto sucesorio, designación que se denomina *alkar-poderoso* (Ley 3 de 1992, arts. 32 y 33).

Respecto a Álava, en el territorio en que se aplica el Fuero de Ayala (art. 131 de dicha Ley) el *usufructuario poderoso*, que puede ser cualquier persona y por tanto también el cónyuge, está facultado con amplitud para disponer de todo o parte de los bienes a favor de los descendientes de quien lo constituya (arts. 140 y 141). Y en Guipúzcoa podrá encomendarse al cónyuge, a título de comisario, la designación de sucesor en el caserío (art. 164 del Libro III promulgado por la Ley 3 de 1999).

Finalmente, en Cataluña, según el Código de Sucesiones (Ley 40 de 1991) se puede encomendar al consorte sobreviviente la elección del heredero y la distribución entre los hijos comunes y sus descendientes (art. 148) y solamente la sustitución a favor de uno de los hijos podrá encargarse a dos parientes, aunque no se haya confiado al cónyuge o en defecto de éste (art. 149).

Como bien decía el maestro CASTÁN en la quinta edición de su Derecho Civil español, común y foral, tomo IV, Madrid, 1942, pág. 505, esta Ley permitía el mandato para testar y lo que estaba "prohibido, en realidad, era el poder universal e indeterminado".

II. EL CÓDIGO CIVIL

A) Redacción original

En la opinión común de los juristas al tiempo de redactar el Código Civil, frente a la máxima popular de que aquello que el comisario ordenare o diere valga como si lo ordenase el que le dio el poder, había prevalecido la del máximo respeto al dictado del testador, recusando aquella figura por los abusos que de la costumbre se habían hecho ⁽⁶⁾. Sin embargo, en la práctica la figura pervivía y se mantenía, como los mismos ataques de sus enemigos demuestran: no se trataba de sancionar su muerte, sino de matarla ⁽⁷⁾.

Por esta causa, los redactores del Proyecto codificador no podían olvidar, con el fin de que la tendencia unificadora del mismo no resultare centralizadora, el crédito y el arraigo de la institución en los territorios de Derecho foral, pues en ellos había dado pruebas de su bondad, ya que el testamento por fiduciario junto con el heredamiento eran los pilares que sustentaban la familia al permitir la conservación del patrimonio agrario ⁽⁸⁾. Bondad que los autores de las distintas compi-

6 MUCIUS SCAEVOLA: Código Civil comentado y concordado extensamente, Madrid 1896, tomo XII, págs. 192 a 194; y tomo XIV, págs. 506 a 508.

7 Así lo probaría una sencilla investigación de los protocolos notariales anteriores a la promulgación del Código. Como botón de muestra, el Poder para testar por acto inter vivos que recoge la Colección de Formularios de escrituras publicadas por el Colegio de Notarios de Valencia en 1862 (núm. 18, pág. 36), en el cual se atribuyen al apoderado, junto con las facultades propias del albacea y del contador partidor, la de hacer a cualquiera de los hijos “la mejora que estime”, instituyendo “en el remanente de todos sus bienes” herederos a dichos hijos.

8. “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 del 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 á 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 mas de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria. –El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción–. Por estas consideraciones se han consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizaran los mismos felices resultados”. (GARCIA GOYENA: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Madrid, 1852, tomo II, págs. 107 y 108).

laciones vigentes han considerado actual al recoger en sus textos la fiducia sucesoria, tanto testamentaria como contractual, como antes he resumido ⁽⁹⁾.

El Proyecto de 1851 prohibía el testamento por comisario en su artículo 558, con la sola excepción del repartimiento entre una clase de personas, lo que en su redacción definitiva quedó limitado a la distribución de cantidades, cual permiten hoy los artículos 670 y 671. Este veto lo reiteraba en cuanto a la delegación de la facultad de mejorar en el 662, mas con la salvedad del artículo 663, ⁽¹⁰⁾, recogidos con ligeras variantes en los vigentes artículos 830 y 831, de los cuales este último, en la edición reformada de 1899, sin alterar la primitiva de 1888, 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, los 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”.

B) Reforma de 2 de mayo de 1975

Por ella no se alteró el texto del precepto que comentamos, pero sí, y fundamentalmente, sus presupuestos, pues hasta entonces había mereci-

9 La figura más parecida es la del viudo fiduciario en Aragón por institución mutua y recíproca en testamento mancomunado (art. 95), pacto al más viviente en la sucesión paccionada (art. 108) o nombramiento en testamento o escritura pública (arts. 110 al 113), debiendo incluirse obligatoriamente en la fiducia colectiva (arts. 114 al 118). Al cónyuge, como a cualquier otra persona, puede nombrarse comisario (art. 15), o ambos cónyuges hacerlo recíprocamente en capitulaciones (art. 16), en el Infozanonado o tierra llana de Vizcaya (art. 1) y en los términos municipales de Llodio y Aramayona (art. 60); concederle en Cataluña la facultad de elegir heredero o distribuir los bienes entre los que instituya (art. 115), así como designarle heredero o legatario de confianza (art. 118); dársele el encargo de distribuir o elegir heredero entre los parientes, en Mallorca (art. 18) y Menorca (art. 65) y ser llamado como fiduciario-comisario o heredero de confianza (Ley 151) en Navarra. En cuanto a Ibiza y Formentera, el viudo puede ser designado comisario en testamento o escritura pública (art. 71), lo que antes sólo en heredamiento era posible (art. 74, derogado por la Ley 8/1990 de 28 de junio).

10 “Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto”.

do escasa atención de la doctrina por una sola y clara razón: las capitulaciones tenían que otorgarse antes del matrimonio y era raro el supuesto en que, con vistas al matrimonio proyectado, se previera la delegación de la facultad de mejorar y distribuir bienes entre los hijos comunes. Así, un precepto bien pensado, bien intencionado, quedaba en poco más que nada, por fallo en el presupuesto básico del tiempo del otorgamiento, obstáculo que desaparecería permitiendo que los capítulos se otorgaran antes y después del enlace, con el nuevo texto del artículo 1.315 que pasó a ser el actual 1.326.

C) Ley 11/1981, de 13 de mayo

La fundamental reforma del Código en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, llevada a cabo por la Ley 11 / 1981, de 13 de mayo, incluyó entre los preceptos modificados el que nos ocupa, y aprovechando la ocasión algunos juristas de Derecho foral lograron acomodar el viejo texto a las más justas soluciones de sus territorios. Y así, en el Código Civil se aceptó, a más de las capitulaciones, el testamento para ordenar la fiducia, regulando el plazo para que el cónyuge sobreviviente pudiera hacer uso de las facultades concedidas.

D) Ley 41/2003, de 18 de noviembre

Como nos dice la exposición de motivos, esta reforma, al tiempo que novedad legal, tiene por causa una realidad cual hoy es *“la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores”*, cuyas consecuencias tiende a remediar en el aspecto económico, fundamental por el costo que supone la asistencia y protección de dichas personas, siendo por ello objeto principal de la misma la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio de las personas afectadas, cuya constitución y protección es la finalidad principal de la reforma, mediante una nueva Ley de ocho artículos, más otros nueve con la modificación parcial o total de doce artículos del Código Civil, el relleno de otros siete -1.791 a 1.797- que integran un nuevo capítulo sobre el contrato de alimentos, el cual, con la reforma de 8 de Octubre de 1980, había sido derogado, así como una disposición adicional por la que se complementan otros tres artículos. Se modifica también un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dando a la vez nueva redacción a la declaración de incapacidad en cuanto a quienes pueden promoverla y al propio tiempo se promulgan una serie de innovaciones en el Impuesto sobre la Renta de Personas físicas y otras Normas Tributarias.

Por lo que a nuestro caso afecta, la modificación del artículo 831 del Código Civil ha sido amplia y desordenada, pues este precepto que antes contenía dos párrafos, ha pasado a tener seis apartados numerados (once párrafos en conjunto), con la peculiaridad de que si bien su causa la tiene en la protección de los discapacitados, no se ciñe a ello, ni siquiera les nombra, por cuanto sus efectos son plenos con relación a cualesquiera personas y a sus disposiciones testamentarias, regulando por completo la fiducia entre cónyuges y la fiducia entre progenitores. Y a este punto hemos ceñido el presente estudio: el nuevo artículo 831 del Código Civil.

III. NATURALEZA

Con referencia al texto anterior del 831, opinábamos que:

a) No es un poder testamentario, prohibido por el artículo 670, pues si una persona ha muerto no puede ser sustituida ni en la formación ni en la declaración de voluntad; no cabe actuar en nombre de quien ya no existe, sino hacerlo en uso de las facultades que concedió y como la ley permita.

b) No es testamento por comisario, pues no se trata de quién pueda actuar como libremente quiera, en uso de unas instrucciones reservadas que impidan comprobar el abuso, sino de hacerlo dentro de unos cauces y para una finalidad conocida.

c) Tampoco es un mandato, ya que se cumple muerto el *mandante*, es decir, extinguido el negocio jurídico, aunque algo participa de la esencia de esta figura si entendemos que el sobreviviente debe hacer aquello a que se obligó tácitamente en caso de testamento correspectivo: distribuir del modo más justo los bienes. Es más, puede no hacerlo deliberadamente, tanto si las facultades confiadas lo eran en atención a una situación concreta que con ellas se podrá cambiar y ya no se precisa hacerlo, como si lo fueron para que el viudo las ejercitase cuando lo estimase conveniente (11).

11 BERMEJO PUMAR, M^a MERCEDES: El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge), Madrid, 2001, pág. 26. Afirma que el contenido del artículo 831 no es extraño a la tradición del Derecho Común en alguna consecuencia, pero la naturaleza de los actos que se permiten al delegado en el ejercicio de su facultad de mejorar, así como el de la propia concesión, hacen que la actuación del viudo pueda tener un alcance distinto al del simple ejecutor, y convierten la facultad que se le cede en algo más que una simple encomienda.

d) Y no se trata de una sucesión contractual, en su genuina acepción, ya que no se pacta sobre herencia futura, aunque se entendiera que ha surgido una obligación natural en el caso de testar ambos cónyuges de mutuo acuerdo y con pleno conocimiento de lo que el otro hace.

Lo que pretendía el legislador era facilitar a los cónyuges la mejor distribución entre los hijos y descendientes de las herencias de ambos o de uno de ellos, con este “poderoso instrumento en manos del viudo o viuda para conservar la cohesión familiar”⁽¹²⁾, evitando así una distribución igualitaria, que:

- perjudica la conservación del patrimonio de la casa, base para la continuidad de la familia, donde tal figura existiere o cuando convenga;

- y, como es lo ordinario en el territorio de Derecho común, puede ser injusta si hubiere hijos que precisan de mayor ayuda, otros de protección especial... y quizá alguno de sanción, no por venganza, sino por reparación justa a sus hermanos del daño causado.

Nos encontramos ante una figura que, frente a la tendencia demostrada con hechos, es decir con preceptos, de sustituir, modificar o eliminar el concepto tradicional de la familia, tendía a reforzar la unidad familiar, basada en la mutua confianza de los cónyuges y en el cumplimiento de sus deberes de padres, y que el legislador del 81 al reformar el texto primitivo, en lugar de suprimir, cercenar o cambiar, lo que hizo fue abrirle un nuevo camino, el del testamento. Se trata de un verdadero y propio encargo cuya finalidad -el bien de los que a la fiducia quedan sujetos- y su presupuesto -la confianza en el nombrado- son los mismos que justifican la designación del tutor o del contador-partidor, a pesar de las grandes diferencias que en la extensión y en la libertad del poder atribuido la separan de éstos. Con relación a la situación anterior, decía que por mucho que se avance en la tendencia a equiparar en sus efectos las uniones de hecho al matrimonio, como está sucediendo respecto a la sociedad conyugal, no puede alcanzar a la fiducia, ya que no se trata de conseguir los resultados de una gestión patrimonial, sino de la falta de un requisito esencial para que pueda admitirse la excepción a la regla general: sólo un cambio radical en ésta, admitiendo para todo evento la fiducia testamentaria, podría abrir las puertas. No es esto lo

12 ALPAÑES, ob. cit., 289.

que se ha hecho por la Ley 41/2003, pero se ha abierto un nuevo cauce con el número 6 del artículo que estudiamos, atendiendo a los beneficiados, lo cual podríamos llamar *fiducia paternal o de progenitores*, término que en su sentido lato comprendería también la *fiducia conyugal*, a pesar de las muchas diferencias que haya -que hoy hay- entre una y otra, tal como iremos viendo.

IV. PRESUPUESTO ESENCIAL

A) En la fiducia conyugal: el matrimonio

En sus dos fases contemplaremos la figura: la primera, de fiducia latente, desde que se formaliza el encargo hasta la muerte del fiduciante; y la segunda, que empieza en tal momento y termina cuando se extinguen las facultades del fiduciario con el pleno cumplimiento de su cometido, por el transcurso del plazo o por su fallecimiento sin haberlas ejercitado por completo.

Si para la protección de la familia nació la figura que el legislador acoge hoy con mayor generosidad, el matrimonio, fundamento de aquella, es presupuesto necesario para la efectividad de la misma en sus dos tiempos de atribución y disposición. En línea continua -celebración, nulidad y disolución- vamos a tratar de este presupuesto esencial, que era la verdadera y única *condictio iuris* de la fiducia, hasta que la posibilidad se ha ampliado en atención a los beneficiados exclusivamente (13).

1. Momento del enlace: fiducia entre novios

El matrimonio se contrae en la forma prevista por la ley, y si bien cabe en nuestra situación actual, el matrimonio sucesivo por causa del divorcio, lo que se contempla es el matrimonio entre fiduciante y fiduciario prescindiendo de los anteriores, que requiere un particular estudio: en cuanto al día de la celebración, en relación con el de la atribución fiduciaria, y el de la declaración de nulidad o sentencia de divorcio que determina la ineficacia de la misma.

13 Por mucho que se avance en la tendencia a equiparar en sus efectos las uniones de hecho al matrimonio, como está sucediendo respecto a la sociedad conyugal, no debería alcanzar la fiducia, ya que no se trata de conseguir los resultados de una gestión patrimonial sino de la falta de un requisito esencial. La excepción a la regla general, cambio radical contranatura, sólo admitiendo para todo evento la fiducia testamentaria, podría abrir sus puertas.

Por otra parte, el artículo 831 contempla, como requisito esencial, la muerte del testador, luego, con una interpretación rígida, en el momento de otorgar el testamento deberían estar ya casados. Pero esta interpretación no puede mantenerse pues:

a) La redacción del propio precepto en su primer texto, el de 1899, que se refería a “uno de los cónyuges” capitulantes, cuando las capitulaciones, conforme al artículo 1.315 en su redacción originaria, sólo antes del matrimonio podían otorgarse, por lo cual no se dudaba de que por cónyuges debía entenderse a quienes contraerían matrimonio después de haber convenido sus capítulos en contemplación al mismo.

b) Los precedentes históricos, pues tanto en el Derecho de Castilla, en la medida en que la figura se mantenía a pesar de la enemiga postura doctrinal y legal, como en los territorios forales, cuya positiva experiencia fue determinante de la introducción del precepto en el Código Civil, la fiducia se ordenaba por capítulos pactados antes o después del enlace conyugal.

c) La propia esencia de la misma, cuya efectividad precisa la existencia del vínculo al tiempo de la muerte del fiduciante, pero no al de su regulación, ya que precisamente en contemplación al matrimonio y a la familia futura los que van a contraerlo pueden tomar las previsiones que estimen convenientes antes de celebrarlo, entre ellas la que ahora nos ocupa, si bien para su eficacia el matrimonio debe existir a la muerte del fiduciante, salvo que se considere como *fiducia entre padres*, de la que al final hablamos. Y así, por lo antedicho, cabe que los novios, o solo uno de ellos, otorgue testamento ordenando la fiducia en previsión del futuro matrimonio.

2. Nulidad

No depende de un hecho posterior, como la disolución, sino del conocimiento, de la alegación de lo que ya se sabía, o de una circunstancia coetánea a las nupcias. Por lo cual sus repercusiones en la validez y eficacia de la fiducia muy distintas son: la disolución se produce en un momento preciso y perfectamente conocido que separa el antes y el después de la relación entre los cónyuges, que lo fueron y dejan de serlo, mientras que la nulidad se declara retro trayendo su efectividad al momento

del enlace, cuyos efectos desaparecen. En esta no hay antes ni después, salvo los derechos nacidos a favor de terceros, pues matrimonio nunca lo ha habido ⁽¹⁴⁾.

Si la nulidad se declara antes de la muerte del fiduciante, a lo cual se ha de equiparar el decreto posterior a la misma como consecuencia de causa instruída en virtud de demanda anterior, no puede surtir ningún efecto el uso por el fiduciario de las facultades que tiene conferidas, pues en el momento en que lo hace ya está determinado que el vínculo jamás existió o ya se han tomado las medidas para conseguirlo ⁽¹⁵⁾.

Los problemas pueden surgir cuando, muerto el que había sido aparentemente su cónyuge, el sobreviviente ejercita sus facultades y después de perfeccionada la transmisión (por el otorgamiento del título inter vivos o bien por su muerte con testamento posterior al óbito de aquél) se declarara la nulidad del matrimonio. ¿Sería aplicable el artículo 79 del Código Civil? Piénsese en la donación de bienes a un hijo que actúa de buena fe, pues no conoce la causa de la nulidad ni menos la instrucción de la misma y que ha dispuesto de ellos como suyos, refundiéndolos en su patrimonio, transmitiéndolos o conservándolos, con ganancias o pérdidas ⁽¹⁶⁾.

No creo que por su *ratio legis* sea aplicable el artículo 79, pues no se trata de efectos del matrimonio, sino de las disposiciones del viudo que por razón del mismo podía hacerlas, aunque cabría entender que estamos ante un efecto de segundo grado no contemplado por el legislador, y que por ello debe regirse por la norma que sin distinción a todos ellos se refiere. La cuestión no ofrece dificultad si manteniendo estas disposiciones puede distribuirse la total herencia del difunto conforme a lo ordenado en su testamento para el caso de que el viudo no dispusiera

14 En la patología de la figura habría que tratar de la disposición de mala fe por el fiduciario que actúa con conocimiento de la nulidad no declarada, en especial de los efectos respecto a los hijos de buena fe si el sobreviviente hubiere dispuesto a su favor por título inter vivos.

15 Los derechos de los terceros adquirentes, de buena o mala fe, inscritos o no, se rigen por las normas generales sin especialidad alguna.

16 "Parece que los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, 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" (VALLET DE GOYTISOLO, Comentarios al código civil y las legislaciones forales, dirigido por MANUEL ALBADALEJO, 2ª edición, 1982, págs. 403 a 428).

de todo o parte de los bienes, o según las reglas de la sucesión legítima cuando tal previsión no existiere. Pero si así no fuere, se complica de tal modo que nos obliga a prescindir de su estudio por la extravagancia del caso ⁽¹⁷⁾.

3. Divorcio y separación; reconciliación

Si la disolución tiene su causa en el divorcio no se plantea problema alguno: la atribución queda ineficaz, pues dejan de ser cónyuges, antes de que el fiduciario haya podido ejercitar sus facultades, ya que no puede darse el supuesto de *muerte de uno de los cónyuges* una vez extinguido el vínculo matrimonial, puesto que han dejado de serlo.

En el caso de separación cabían dudas en el derecho anterior, tanto si era judicial como voluntaria, sin perjuicio siempre de alegar a favor de la subsistencia de la fiducia que quien conoce la separación porque la insta, la sufre o le conviene, sea judicial o voluntaria, y no revoca el testamento en que la confería, tácitamente había que entender que la dejaba subsistente.

Con el nuevo texto legal entendemos que si cabe la fiducia entre personas con descendencia común que no estén casadas, con mayor motivo se ha de suponer que cuando el matrimonio subsiste, aunque se haya decretado o convenido la separación, los casados continúan siendo cónyuges y la fiducia conyugal se mantiene mientras no fuere revocada. Intentar una interpretación de tipo de subjetivo en cada caso, sería llegar a soluciones dispares frente a la interpretación legal, más cuando quien pide o sufre la separación matrimonial, lo lógico es que revoque la atribución fiduciaria. Por otra parte, estimo que no cabe aplicar el artículo 102, 2º del Código: se trata de una facultad que no puede entenderse comprendida dentro de los consentimientos y poderes a que se refiere este precepto.

En cuanto a los divorciados que vuelvan a casarse, deberán ordenarla de nuevo, pues se trata de otro enlace aunque los protagonistas sean

¹⁷ El problema surge cuando la acción de divorcio se extingue por muerte del fiduciante. Desde estimar que debiera continuarse el pleito a efectos de enervar los de la fiducia, hasta mantenerlo cuanto dure el matrimonio ya que no hay alteración de la misma, una larga gama de interpretaciones son posibles conjugando la causa del divorcio, la actividad del cónyuge difunto y la interpretación de su silencio.

los mismos. Dos consideraciones nos llevan a ello: la fundamental, que es la *ratio legis* de la figura concorde con este criterio, y la adjetiva, no por ello menos importante: los ex cónyuges que se reconcilian saben que con ello no se restablece el vínculo matrimonial, sino que, en la medida en que lo quieran hacer, han de ordenar de nuevo su vida como si solteros fueren, tanto en lo fundamental, con el nuevo enlace, como en lo accidental: que ordenen, pues, de nuevo la fiducia que se extinguió con el primer matrimonio y que, como éste, no puede resucitar.

4. Existencia de hijos

Para la efectividad de la fiducia se precisa que del matrimonio haya hijos; de no haberlos –hijos o descendientes al ejercitarla- el viudo no podrá mejorar ni distribuir los bienes del difunto. Pero esto no impide que se ordene la fiducia cuando aún no los hubiere, en previsión de su futura existencia, *condictio iuris* de la eficacia de esta figura, de igual modo que es corriente el testamento en que son llamados los hijos futuros, ordenando la sucesión a favor del viudo o de otras personas para el caso de que no los hubiere.

En resumen: es posible ordenar la fiducia antes del matrimonio, en cuyo caso éste obra como condición para su efectividad; si no hay hijos ni descendientes al morir el cónyuge fiduciante, la fiducia queda sin valor; si el fiduciario viudo ejercitó su derecho disponiendo de la herencia del difunto en testamento y le premueren aquellos a cuyo favor hubiere dispuesto la mejora o distribuído los bienes, queda esto sin efecto como si no hubiere usado de su derecho; y si muere, sobreviviéndole los mejorados o destinatarios de los bienes, su disposición cobra plena efectividad, y también si hubiere ejercitado la fiducia por acto intervivos, como partición o entrega de bienes.

5. Viudez

La muerte del fiduciante es el momento de transición de la primera fase –atribución- a la segunda –posibilidad de disposición-. Durante aquélla podía revocarse o modificarse por el ahora difunto la fiducia establecida; a partir de su muerte, el viudo podrá hacer uso de la misma, con la condición de que no se haya roto la relación de perpetuidad afectiva que se creó: uno para el otro y para siempre, según el texto legal anterior, lo cual se concretaba con pocas palabras: “que no haya contraído

nuevas nupcias”, expresándose hoy en el punto 5 que “las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio”. Esto es, aparte de los nuevos supuestos de que luego hablaré, tales facultades quedan extinguidas desde el momento del nuevo enlace, por lo cual la extinción o disolución del matrimonio posterior por muerte del nuevo cónyuge o por divorcio no lleva consigo el renacimiento de lo que ya feneció. Solución acorde con el presupuesto esencial de la fiducia, la confianza, que se quiebra cuando un extraño se interfiere entre el sobreviviente y los hijos comunes, alterando el esquema de la familia para cuyo beneficio el difunto dejó en manos del viudo el patrimonio.

La fiducia *muere* en el momento del nuevo enlace, no afectando a las disposiciones otorgadas hasta entonces por el viudo. La cuestión es clara si se hicieron por título ínter vivos, pero deja de serlo si por testamento las ordenare, pues, si bien se otorgan cuando el viudo puede hacerlo, adquirirán efectividad en un tiempo en que carece de ellas. No es aceptable remitir la solución a la fecha del título, fundándonos en que si estaba legitimado para donar, también lo estaba para atribuir o asignar mortis causa, y si eficaz es la donación, a pesar de las nuevas nupcias, igual debe serlo el testamento, con olvido de la fundamental diferencia que en orden a su eficacia hay entre ambos. Hemos de atender a la voluntad presunta del difunto, conforme con la disposición legal: el supérstite puede distribuir los bienes mientras permanezca viudo y la distribución por testamento tendrá efecto a su muerte, es decir, cuando ya no es viudo del fiduciante, bien por estar casado, bien por divorcio o fallecimiento del cónyuge ulterior.

Conforme a la regulación precedente, el viudo que contrajere nuevas nupcias continuaba con los mismos derechos que por ley o testamento⁽¹⁸⁾ tuviere en la herencia del difunto, perdiendo la facultad de disponer de los bienes del mismo; la situación de la herencia objeto de la fiducia quedaría como en el caso de muerte del viudo sin testamento, es decir, se regirá por el último del fiduciante o por la ley en su defecto, a salvo las atribuciones ínter vivos hechas hasta tal día por el cónyuge supérstite. Pero la situación en el nuevo texto legal, ha cambiado, ya que ésta pérdida de las facultades fiduciarias no se produce cuando “el testador hubiere dispuesto otra cosa”.

18 En el mismo sentido LACRUZ, Elementos de Derecho Civil, en colaboración con SANCHO REBULLIDA, 1988; IV, pág. 343.

6. Unión de hecho o hijo extramatrimonial

El cónyuge superviviente continúa siendo viudo, pero sus facultades cesarán desde que hubiere pasado a relación de hecho análoga al matrimonio o hubiere tenido algún hijo no común, salvo que el fiduciante hubiere dispuesto otra cosa (art. 831.5), disposición ésta que puede formularse en la propia regulación de la fiducia o en testamento posterior añadiendo la dispensa.

La cuestión se complica en cuanto a la prueba del hecho por el que cesa la fiducia. Es sencilla la del nuevo matrimonio: la certificación del Registro Civil. Ya no lo es tanto la de la paternidad, diríamos *extraconyugal*, que también por dicho medio puede probarse, pero que cuando no esté reconocida no hay otro camino que el de acudir a los Tribunales para que lo sea. Y peor resulta en el caso de unión de hecho, que, si se negare, sólo judicialmente podrá probarse, con todas las dificultades que entraña no solo acreditar la relación sino que ésta no es esporádica sino frecuente o continua para poder calificarla como unión, tal como se dice ahora.

Si bien la cesación en la fiducia por el nuevo matrimonio del viudo tiene por causa un hecho posterior a la extinción del anterior enlace, la “relación de hecho análoga” o haber “tenido algún hijo no común” puede producirse tanto en vida del fiduciante como después, por lo cual, probada una u otra causa, aunque se dé durante el matrimonio, aunque se alegue y pruebe después, los mismos efectos tendrá: el cese de las facultades fiduciarias. Y ello tanto si el cónyuge difunto no tenía conocimiento como si lo tuviera y no revocare la fiducia, ya que su silencio no puede tenerse por consentimiento que la sostenga, pues la ley solo lo acepta cuando “el testador hubiere dispuesto otra cosa”.

B) En la fiducia entre padres no casados: los descendientes comunes

Hasta la reciente reforma del que estamos estudiando, presupuesto necesario de la fiducia era el matrimonio de los padres, tanto si se la atribuían mutuamente como cuando sólo lo hacía uno de ellos, bien en capitulaciones o en testamento, siendo también esencial para su efectividad que los destinatarios o beneficiados fueren hijos comunes, hijos del matrimonio.

Esto obligaba a un estudio exhaustivo, como en su día hice, de una serie de circunstancias que afectaban a la posibilidad, subsistencia y efectividad de la fiducia conyugal, pues así se la llamaba. Y tema de estudio eran para el caso las disposiciones entre novios de cara al futuro enlace (ya fuere en capitulaciones, ya por testamentos separados), la inexistencia del matrimonio aparente porque luego sea declarado nulo, el divorcio y la separación, como también la permanencia en la viudez, pues se perdía el carácter de cónyuge viudo al pasar a cónyuge de otro. En cambio, hoy el punto 6 del precepto que estudiamos nos dice que *“las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”*.

La situación, contemplando tan solo los cinco primeros números del nuevo precepto continuará siendo la misma, pero el número 6 cambia el planteamiento y por lo tanto desaparecen tales problemas ya que por el solo hecho de tener hijos comunes se aplican todas las mismas disposiciones aunque en los cinco números precedentes siempre se parte y se cita al cónyuge o a los cónyuges.

Con el nuevo precepto se multiplican los casos: cada progenitor puede ser soltero o viudo o bien estar unido de hecho o legalmente casado con otra persona. Las combinaciones, también múltiples y las consecuencias más aún. Por lo cual, optamos por estudiar primero la fiducia conyugal y dejar para el final la fiducia de padres no casados entre sí.

V. EL NEGOCIO ATRIBUTIVO

A) Derecho vigente: el testamento

La efectividad de la fiducia conyugal requiere dos negocios distintos: aquel por el cual se atribuyen sus facultades al fiduciario y el posterior en que éste las ejercita. El primero, desde la última reforma, sólo puede ser el testamento que paso a examinar.

1. Capacidad

Estamos ante una disposición mortis causa regulada con carácter general por el Código Civil. Conforme a los artículos 662 y 663 podrá disponer la fiducia en favor de su cónyuge o coprogenitor el mayor de cator-

ce años que se halle en su cabal juicio: quien no lo tuviere ya sea habitual como accidentalmente, es decir, al tiempo de otorgar el testamento, no podrá hacerlo por falta de consentimiento, esté o no declarado incapaz, si bien se precisará que se reconozca judicialmente la nulidad del otorgado por el incapaz bastando, pues tal reconocimiento por el propio fiduciario para que no actúe, ya que nadie puede obligarle a ello. En cuanto al reconocimiento de todos los interesados, si el viudo hubiere dispuesto como si fuere válido, es una cuestión compleja, que a terceros puede interesar, como, por ejemplo, quien hubiere adquirido algún derecho del hijo o descendiente que gracias a la mejora podía disponer del mismo.

2. Condición, término y modo

No existe razón alguna que impida la sujeción de la disposición testamentaria a cualquiera de estas tres circunstancias, siempre que por ellas no se afectare a la esencia de la institución ni se sobrepasaren los límites de la misma. Y así, es posible fijar condiciones con relación a las personas y conducta de los hijos, con la misma amplitud con la cual podía hacerlo, el disponente al designarles directamente herederos. Respecto al plazo, silenciado en el texto originario, se introdujo la reforma de 1981 y se mantiene, con redacción distinta, en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, tal como luego veremos. Y en cuanto al modo, el criterio a seguir es el mismo que para la condición, sin olvidar que como el fiduciario no puede disponer de la herencia directamente, en todo o en parte, a favor de quienes no fueren descendientes comunes, tampoco podrá hacerlo por medio de una cláusula modal.

3. Objeto y límites

Dije con relación al texto derogado que la atribución testamentaria puede comprender toda la herencia del disponente, parte de ella o bienes concretos. También ahora, pues si no hay restricciones o determinaciones especiales, en principio debe entenderse que se refiere a toda la herencia. La concreción inicial fija el ámbito de disposición del fiduciario pero es inestable, ya que se puede anular, ampliar o restringir, una o varias veces, hasta la muerte del fiduciante, por disposiciones concretas *inter vivos* o *mortis causa* a favor de los propios descendientes o de terceros, las cuales no suponen merma de las facultades del fiduciario que continúan referidas a la herencia, si bien con alteración objetiva al reducir el *as* hereditario. El único límite que el legislador impone, y que

igualmente existiría aunque no lo recordare, es el del respeto a las legítimas, límite que la atribución no puede eliminar, y que al fallecer el fiduciario se concretará con referencia a la muerte del fiduciante.

El nuevo texto desarrolla lo que antes podía hacerse, aunque no se dijera, y que pasamos a ver ahora.

A) FACULTAD DE MEJORAR

Como novedad, siquiera textual, según la nueva redacción el cónyuge fiduciario puede, fallecido el testador, *“realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición”*, en la misma línea de la raíz histórica castellana al utilizar el término “mejorar” que comprendía los tercios de mejora y libre, evitan-do así que se entienda constreñida al tercio de mejora.

Lo cierto es que la facultad de mejorar, tal y como la recoge hoy el nuevo 831 en su apartado 1, es una especificación de las amplias facultades que se pueden conferir, pues sigue diciendo el precepto: *“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”*, tal como paso a comentar.

B) Adjudicaciones o atribuciones

El legislador no amplía las facultades del fiduciario al reconocerle la facultad de realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio. Ya con la redacción anterior se defendió la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente pudiese hacer, por causa de la fiducia, lo mismo que podría haber hecho el difunto. Así no ofrecía duda el ejercicio de las facultades fiduciarias tanto por medio de testamento, como por actos entre vivos: donación, partición y transmisiones a título oneroso. Lo que no acabo de entender es la necesidad de distinguir entre adjudicaciones o atribuciones cuando, gramaticalmente *adjudicar* en un sentido amplio puede equipararse a “darle o concederle a alguien cierta cosa”, mientras que *atribuir* equivale a considerar a una persona o cosa como actor causante, o decir de alguien o de algo que tiene cierta cualidad o circunstancia, aunque en sentido muy lato pudiera equipararse a dar o designar. Con *adjudicar* nos hubiera bastado.

Con la nueva redacción, la posibilidad de que el fiduciario ejerza las facultades a su favor atribuidas por medio de la partición de la herencia del causante no puede ya ser cuestionada y ello aún cuando pueda invocarse la jurisprudencia que ha negado al cónyuge viudo capacidad para ser contador partidor por el hecho de tener reconocida su cuota legítima en usufructo.

La amplia libertad que el legislador reconoce en este precepto al fiduciario, a salvo siempre las legítimas y las reglas y limitaciones que pueda establecer el difunto, se plasma tanto en la elección del medio *—cualquier título o concepto sucesorio o particiones..mejoras, adjudicaciones o atribuciones—*, que iremos comentando, como en los efectos del mismo cuando se trate de bienes específicos y determinados, pues *“además de conferir la propiedad ... conferirán también la posesión ... salvo que ... se establezca otra cosa”*.

Raro es de por sí conferir la propiedad sin posesión, si bien nada impide que pueda estar previsto, como en este caso, y que incluso sea conveniente que el fiduciario la retenga por cualquier circunstancia especial del objeto transmitido o bien hasta que llegue el momento final del cumplimiento de su misión.

Por otra parte, entiendo que aunque se diga solo “conferir la propiedad” es posible que se pueda también conceder por separado el usufructo y la nuda propiedad, como en el caso de que el fiduciario estime más conveniente que el hijo común tenga sólo el usufructo vitalicio de unos bienes, cuya nuda propiedad se atribuya a descendientes del mismo o a otros hijos. E igualmente que se regulen derechos reales entre las fincas que se distribuyen —así como las servidumbres de paso y acueducto o cualquier otra—, situaciones en proindiviso, limitaciones temporales y todo aquello que el fiduciario estime conveniente para cumplir con su misión.

La atribución por separado de usufructo y nuda propiedad tiene interés en los supuestos en que se pretenda una especial protección de las personas con discapacidad cuya situación, debe recordarse, es la que ha animado a la reforma de este artículo con la Ley 41/2003. Y en esta misma línea de protección habrá que estudiar también la aportación patrimonial a favor de personas discapacitadas que la citada Ley trata en sus artículos 1 a 8 e incluso el otorgamiento del contrato de alimentos previsto en los artículos 1.791 a 1.797 que reforma en su art 12.

C) Bienes de la sociedad conyugal disuelta sin liquidar

La adjudicación de bienes concretos de la sociedad conyugal disuelta aparece como novedad frente al precepto anterior que hablaba solo de “*bienes del difunto*” como susceptibles de ser objeto de las facultades fiduciarias atribuídas al amparo del artículo 831.

Acudir a bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, supone facilitar al cónyuge sobreviviente sus facultades dispositivas, pero obligará a que se tengan en cuenta tales adjudicaciones en el proceso liquidatorio pues la utilización de tales bienes motivará un exceso en el haber del cónyuge premuerto, con las debidas compensaciones en la liquidación final de la sociedad conyugal. No estamos ante el supuesto que contempla el artículo 1.380 del Código civil, esto es la disposición testamentaria unilateral de un bien de la sociedad de gananciales, ya que en nuestro caso el viudo no actúa solo por sus derechos al bien ganancial, sino que lo hace por ello y por la fiducia que tiene encomendada y que afecta, salvo disposición contraria del difunto, a todos sus bienes y derechos, entre ellos su participación en los gananciales, llegando así por vía de resultado, con una distribución plena de los bienes y derechos del fallecido por su cónyuge fiduciario a la liquidación de la sociedad de gananciales, siempre que el conjunto de la disposición fiduciaria comprenda todo el acervo de la misma. Luego, ¿no hubiera sido conveniente que el legislador, con la *manga ancha* empleada al modificar el artículo 831 facultará también al fiduciario para liquidar la sociedad de gananciales? ¿No debemos entenderlo así cuando el fiduciario ordena la sucesión de todo el caudal ganancial? ¿No lo interpretará así la jurisprudencia cuando el caso judicialmente se plantee?

Ahora bien, anulando problemas de interpretación y facilitando la atribución de los bienes de la sociedad conyugal, la solución más sencilla será que el viudo los adjudique a los descendientes en cuanto a una mitad en uso de sus facultades fiduciarias y la otra mitad por su propio derecho y como donación, a cuenta o no de su propia herencia, según el mismo lo ordene.

D) Revocación

La atribución de la fiducia puede revocarse de modo expreso por medio de un nuevo testamento. Pero no tácitamente: ni siquiera la supo-

ne la disposición por el fiduciante en vida de todos sus bienes, ya que siempre existe la posibilidad de que adquiera otros que pudieran ser su objeto, a menos que el difunto la concretara a bienes determinados comprendidos en su disposición posterior y por lo tanto quedare sin contenido, como tampoco la disposición de parte de la herencia o de bienes concretos debe entenderse que se trata de una revocación parcial, sino simplemente como disminución del contenido objetivo.

E) Unilateralidad

La atribución fiduciaria de cada cónyuge es de carácter unilateral, como ya lo era en tiempo anterior aunque se hubiere pactado en capitulaciones. Aunque la declaración de la propia voluntad venga determinada en su ánimo por la similar del otro, es decir por un sentimiento de reciprocidad, de tal modo que si ambos no lo hicieren no se habría otorgado, ello no tiene el carácter de causa del testamento, ya que si así se calificara nos encontraríamos ante un caso de sucesión contractual no permitido por la Ley.

Teóricamente cabría establecer la reciprocidad, condicionando la atribución testamentaria a la subsistencia de la otorgada por el otro cónyuge. Pero esta condición devendría ineficaz a la muerte de cualquiera de ellos, pues que si el sobreviviente la hubiere contravenido revocando por testamento la atribución de lo suyo, como éste no alcanza efectividad hasta su muerte, la revocación tampoco la tendría, por lo cual prescindiendo de ella, podrá ejercer la fiducia. A más de que tal codisposición en testamentos separados pudiera entenderse como un mancomunado encubierto o como pacto sucesorio, ambos inválidos donde se aplique el Código civil.

B) Capitulaciones matrimoniales: derecho transitorio

Como ya hemos visto, en la redacción original del Código Civil el único título portador de la fiducia conyugal eran las capitulaciones matrimoniales; después se admitió junto a ellas, por la Ley 11 de 1981, el testamento; y ahora solo éste nos queda, igualmente con carácter excepcional frente al principio taxativo del artículo 830 al declarar que “*no obstante lo dispuesto en el artículo anterior podrán conferirse ... en testamento*”, única vía documental a la que acudir para ordenar la fiducia sucesoria que se mantiene y regula con mayor amplitud.

Parece que la justificación de la supresión del pacto capitular se encuentra en que ha dejado de ser el matrimonio premisa necesaria para ordenar la delegación de la facultad de mejorar, pues ahora basta que haya descendencia común del testador que ordena la fiducia y del fiduciario, al que, por medio de la correspondiente cláusula testamentaria, se le confieren las facultades de mejorar. Prueba irrefutable de ello es el nuevo apartado 6 cuando establece que *“las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”*. Por mi parte, creo que no era necesaria la supresión de la vía capitular en la fiducia conyugal, pues casos habrá en que para la regulación del patrimonio de los cónyuges y la continuación en la titularidad del mismo convenga una ordenación conjunta de los padres.

Por otro lado, que el legislador haya vetado las capitulaciones matrimoniales como título formal por el que se ordene la fiducia sucesoria, no puede afectar a la eficacia de los pactos capitulares otorgados con anterioridad a la reforma que se estudia, conforme a la disposición Transitoria Segunda del Código Civil.

VI. DISPOSICIÓN POR EL FIDUCIARIO

El segundo acto por el cual cobra efectividad la figura es el del ejercicio de su facultad por el viudo disponiendo de la herencia del difunto en favor de los hijos comunes, como medio para cumplir el encargo de distribuir y mejorar hecho por el difunto, lo cual puede hacer en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Pues, desde el momento en que la reforma del artículo 831 por la Ley 13 Marzo de 1981 introdujo el párrafo segundo y fijó un plazo, a falta de previsión expresa al ordenar la fiducia, no había lugar a la discusión acerca de si el fiduciario podría ejercer sus facultades en forma sucesiva, sin necesidad de agotarlas en un solo acto.

A) Capacidad

Si el viudo dispone por testamento, siendo mayor de catorce años no tiene ninguna limitación. Podría plantearse el caso del viudo incapacitado como la ley permita, presumiendo la quiebra de la confianza del fiduciante por la incapacidad sobrevenida, a modo de una revocación tácita de la atribución. Pero esta presunción es contraria tanto al texto del artí-

culo 665 (el antiguo y el nuevo) como al espíritu que lo informa: si se posibilita el testamento de quien al otorgarlo está en pleno uso de sus facultades mentales y aprovecha precisamente ese intervalo para ordenar su propia herencia, ¿no es todavía más razonable aceptarlo cuando con ello quiera evitar las consecuencias del incumplimiento del encargo que en bien de la familia le hizo su difunto cónyuge?

En cuanto al viudo menor de edad que quiera ejercitar su facultad por acto inter vivos, si bien está legalmente emancipado (art. 314.2º) no puede enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes sin el consentimiento de su padre o curador, pero podrá hacerlo si está casado respecto a los bienes comunes concurriendo el consentimiento del otro cónyuge si es mayor de edad (arts. 323 y 324 Cciv.). La finalidad de este precepto es la de proteger al disponente que, por sus pocos años, se presume carece de discernimiento cabal y así pueda realizar actos en su propio perjuicio, con menoscabo económico del patrimonio. Mas si el propio legislador estima inaplicable la expresada limitación en el caso de que se trate de bienes en que tiene interés el cónyuge cotitular y éste lo consiente, considero que menos debe serlo en el nuestro, puesto que es el difunto quien ha facultado a su cónyuge menor de edad para ejercer la fiducia tanto respecto a sus bienes propios como a los comunes. No se puede olvidar que las facultades del fiduciario se basan en la confianza del fiduciante, quien conocía la situación de su cónyuge y podía haber impuesto la condición de que no podría hacer uso de la atribución mientras fuere menor de edad, más cuando en situación similar el Código Civil permite que el menor de edad sea mandatario (art. 1.716) ⁽¹⁹⁾.

B) Carácter personalísimo

La confianza la depositó el difunto, al amparo de la norma que excepcionalmente lo permite, exclusivamente en su cónyuge: se trata de un encargo personalísimo. Y así, ni es posible la disposición por medio del representante legal, como lo sería el tutor del viudo incapaz, ni tampoco que el fiduciario transmita sus facultades o las delegue en un tercero, con mayor o menor amplitud, aunque lo permitiera el fiduciante, ya que estaríamos en una fiducia de segundo grado, sujeta a la prohibición ge-

19 Descarto la compleja problemática de los cónyuges ambos menores de edad, con negocio atributivo válido, llegando por el camino expuesto a que el viudo pueda donar lo que ni él ni el difunto podrían hacer sin el concurso de los padres o del tutor.

neral por exceder los límites de la excepción que estudiamos. Lo cual no obsta para que confiera poderes concretos al solo efecto de otorgar los documentos pertinentes, es decir, encomendando al *nuntius* la mera ejecución.

C) Título

1. Testamento

En principio, como estamos en materia de sucesión mortis causa y tenemos una concepción testamentaria de su regulación, parece que el título más apto para que el fiduciario ejerza sus facultades ha de ser el testamento, como antes se admitía por la doctrina a pesar del silencio legal.

La novedad descansa ahora en que el legislador admite la posibilidad de utilizar el testamento *solo cuando así se haya previsto expresamente* al ordenar la fiducia, como se deduce *contrario sensu* del propio texto legal: “si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento”. Por tanto, si el testador quiere que su cónyuge o la persona con la que tiene descendencia en común hagan uso de las facultades dispositivas que le atribuye por medio de su propio testamento, deberá manifestarlo expresamente. A falta de tal concesión, el fiduciario, no podrá hacerlo, quedando limitado en el ejercicio de sus facultades a los actos entre vivos con sujeción al plazo que luego se comenta. Así pues la posibilidad reconocida al fiduciario de cumplir el encargo en por propio testamento facilita su logro al tiempo que supone la no sujeción de la fiducia a plazo alguno. Y así, resumiendo:

1.º Tanto la distribución de bienes como la mejora pueden otorgarse por título ínter vivos en todo caso y por testamento cuando esté permitido por el fiduciante.

2.º El viudo puede hacer por causa de la fiducia lo mismo que podría haber hecho el difunto: donar y testar.

3.º Para la familia será conveniente, cuando entre la muerte de ambos cónyuges medie largo tiempo, que el viudo vaya entregando los bienes conforme a las circunstancias de cada hijo.

4.º Y habrá casos en que el viudo, en previsión de circunstancias posteriores que le imposibiliten hacerlo, como las segundas nupcias, decida en bien de la familia atribuir definitivamente los bienes.

2. Donación

No sólo es la vía más apta, sino también el negocio tipo. Puede otorgarse en escritura pública o en documento privado, e incluso con la simple tradición manual del mismo modo que el fiduciante podría haberlo hecho, conforme a las normas formales atendidas la naturaleza de los bienes que son su objeto.

Ciertamente, como dice LACRUZ BERDEJO, no estamos ante una donación en sentido propio, “puesto que se trata de bienes de un difunto que (se) recibirán siempre, aunque la asignación tenga lugar en documento inter vivos, por título sucesorio” (20). Pero como toda la actividad del fiduciario tiene este único carácter general de asignación por título sucesorio, la diferencia entre los medios, es decir, entre los negocios y formas empleados para su realización, nos lleva a tipificarlos por su adscripción al que en cada caso se toma entre los que la ley y el uso jurídico ofrecen. Y así tendremos la donación que no es pura, los capítulos del hijo, el testamento por el cual el testador no dispone de sus bienes y la partición que no es de la herencia de quien libremente la practica. Que, por otra parte, no se presentarán de ordinario con esa completa separación entre otorgante y causante o transmitente por cuanto aquél lo será también respecto a sus propios bienes y derechos si dispone de bienes gananciales o, a la par, de privativos suyos. Y así donación será la que otorgue el fiduciario en uso de la atribución que le tiene conferida el titular de los bienes, junto o no con la que por su propio derecho tenga sobre los bienes que fueren su objeto.

3. Donación-partición

Cuando la partición la practica el fiduciario con la intervención y la aceptación de todos los herederos se trata de una verdadera donación-partición, pues se distribuyen y transmiten los bienes como en la donación ordinaria, con el resultado de la distribución total que le da plena firmeza por el consentimiento de los donatarios entre los cuales se han

20 LACTRUZ, Elementos ... cit. V, pág. 484.

de encontrar necesariamente los legitimarios para que la partición sea completa similar será el caso en que intervengan aquellos a quienes por un título anterior hayan sido satisfechos en sus derechos con aceptación de los mismos (21).

4.- Capítulos.

Del hijo que se casa: inusual en Derecho común, es muy frecuente en algunos territorios forales. Pero no lo planteo como mera especulación pues cada día son más frecuentes las capitulaciones prematrimoniales por diversas causas, tres fundamentalmente: la diferencia de los patrimonios, el ejercicio de una actividad profesional, empresarial o laboral por uno o ambos novios y las previsiones de tipo fiscal. Quizá, al modo de la vieja dote, en algunos casos convenga que el fiduciario asigne bienes del difunto donándolos al hijo por causa de su matrimonio.

5.- Partición unilateral.

De la herencia del difunto en documento público: sólo tal como el fiduciante pudo hacerlo podrá otorgarla el fiduciario para después de sus días, amparada y como complemento del testamento en el que ejercite la fiducia, conforme al criterio de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia al interpretar el artículo 1.056 del Código Civil.

El viudo podrá ejercer la fiducia en el arco completo de su disposición, es decir, la partición en documento cuyo presupuesto es el testamento por él otorgado como fiduciario, al igual que el difunto podía haberlo hecho, o completando el testamento de su cónyuge con la partición que él haga, bien ajustándose íntegramente a las disposiciones de aquél como simple contador-partidor, bien haciéndolo con mayor libertad, dentro de los límites de la fiducia, como luego se dirá. E incluso en el propio testamento, aunque en la práctica para evitar la farragosidad en este título se opta por la escritura de partición complementaria del mismo.

21 Y por lo tanto sin que pueda discutirse su eficacia definitiva e irrevocable, que es dudosa en la partición ínter vivos ordinaria. Ver DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, Observaciones sobre la eficacia transmisiva y vinculante de la partición extratestamentaria hecha por el testador, LIBRO HOMENAJE A RAMON M^a ROCA SASTRE, III, 1977, págs. 405 y ss.

La partición otorgada por el contador partidor no precisa de la aceptación por los herederos o legatarios para la inscripción a su favor de los bienes adjudicados. Y como el fiduciario, tal como la ley dispone, puede ejercer sus facultades por medio de *particiones*, no precisa que los beneficiarios en este caso expresamente acepten la adjudicación a su favor. Por otra parte no tendría sentido permitir la inscripción de la partición de la herencia en el Registro de la Propiedad sin la aceptación del heredero cuando el contador partidor es un extraño, y en cambio exigirla cuando la partición la hace el fiduciario en el ejercicio de sus facultades particionales reconocidas en el artículo 831, primer párrafo.

6.- Transmisiones a título oneroso.

En principio repugna a la idea del quehacer del fiduciario, pero si se atiende a que su misión es la de cumplir, caso por caso, la presunta voluntad del causante en bien de la familia, concluiremos aceptándolas siempre que se otorguen a favor de los hijos comunes y que la contraprestación ingrese en el patrimonio relicto pendiente de distribución o con ello se extinga una carga hereditaria. No dejamos de ver los obstáculos teóricos que esto plantea, frente a los cuales cabe contestar:

1.º Que se trata de un acto que el difunto podría haber hecho.

2.º Que si el viudo puede donar, con mayor razón podrá transmitir recibiendo para la masa hereditaria de la que es fiduciario una contraprestación que en ella quedará para posterior asignación, como también si produce la liberación de una deuda que pesaba sobre la herencia o de la carga que gravan bienes de la misma.

El problema estará, como en las asignaciones a título gratuito, en la lesión de las legítimas. Si con tales actos no se merman, los legitimarios deben acatarlos, ya que no serán impugnables por defecto en la cantidad o en la calidad, y menos aún cuando, como luego veremos, el viudo pueda ordenar el pago en metálico. Pues el resultado es el mismo por un camino u otro: distribuir la herencia entre los hijos como bien quisiere, respetando en todo caso los derechos de los sucesores forzosos.

7.- Institución de heredero.

Conforme al texto precedente el fiduciario podría *distribuir* y *mejo-*

rar, con relación a toda la herencia, con las limitaciones o restricciones que el difunto hubiere establecido ⁽²²⁾.

Hoy se le permite mejorar y realizar adjudicaciones o atribuciones con toda amplitud, pudiendo abarcar la herencia entera salvo las limitaciones legales (legítimas) o voluntarias (impuestas por el fiduciante), como luego veremos. Pero, ¿puede designar heredero o herederos? Mejor dicho, ¿puede atribuírsele esta facultad? ⁽²³⁾.

Propiamente esto excede de la simple facultad de distribución y el texto legal implícitamente presupone la condición de sucesores a título universal de los hijos entre quienes se ha de distribuir la herencia, que a todos ellos les corresponde y por lo tanto conjuntamente a su totalidad son llamados.

No hay obstáculo para que el negocio atributivo sólo contenga la fiducia, sin institución de herederos. Es más, aunque el Código no nombre a los destinatarios, y por ende sucesores del difunto, como herederos sino como hijos comunes si el fiduciario puede ordenar la distribución de la herencia por partes alícuotas en su integridad, y por lo tanto a título universal, o bien llegar al mismo resultado por eliminación, entregando o asignando bienes concretos a unos hijos y el resto de la herencia a otro u otros, ¿no equivalen estas disposiciones a la institución de heredero?

Cabría entender que, como nadie puede instituir heredero por otro, en estos supuestos nos encontramos con una distribución de la herencia por legados de cosa determinada o de parte alícuota, pues sólo asignar o entregar bienes es lo que el fiduciario hace al distribuir. Y por ello, al no expresar el fiduciante que instituía herederos a aquellos entre quienes el fiduciario puede distribuir la herencia, los hijos quedarían relegados a la condición de legatarios. Pero no es así: lo que el fiduciante quiere, salvo

22 GARRIDO DE PALMA nos dice que respetada la legítima y acomodándose a lo dispuesto en las capitulaciones –hoy también en el testamento– “el cónyuge sobreviviente puede distribuir el resto como quiera, aunque prudencialmente”: sólo el abuso de derecho o su ejercicio antisocial dejarían la cuestión al arbitrio judicial. “Visión notarial del artículo 831 del código civil” en el Libro homenaje a Ramón M^a Roca Sastre, III, 1977, págs. 365 a 392, ampliado con referencia a las regiones forales en el Anuario de Derecho Foral II de Navarra, 1976-77, págs. 25 a 64.

23 Según ELFGEN, “el cónyuge supérstite actúa aquí no sólo como partidor, sino que efectúa una institución de herederos al menos en tanto que la mejora”. (La mejora en el vigente Derecho español, Revista Derecho Notarial, enero-marzo 1952, pág. 20.)

disposición contraria, es que el fiduciario disponga de su herencia con la misma amplitud con que él puede hacerlo y con los mismos efectos que si él lo hubiera hecho: no de otro modo se puede interpretar esta muestra de absoluta confianza en el “prudente arbitrio” del viudo, como expresaba el texto derogado.

Resumiendo, el viudo podrá por título inter vivos o mortis causa disponer de la herencia, excepto aquella parte de la cual lo hubiere hecho el difunto, tal como éste podía hacerlo, esto es, tal como de la suya propia puede disponer: donando, legando e instituyendo herederos, asignando y transmitiendo bienes y cargas, incluso satisfaciendo “*las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas ... en todo o en parte ... con bienes pertenecientes sólo al cónyuge*” fiduciario. Y así, la distribución conjunta de los patrimonios de ambos cónyuges hecha por el viudo, por su propio derecho y como fiduciario del difunto, será normalmente la mejor solución sin perjuicio de las legítimas, que por su propia esencia deberían ser satisfechas con bienes del fiduciante, conforme a la concepción clásica de su naturaleza en derecho común, pero que hoy puede evitarse si se ordena el pago en metálico, ya directamente, ya como solución subsidiaria al no acatar la distribución hecha por el fiduciario. Por otra parte, el viudo que puede distribuir sus bienes, propios y los del difunto, puede por lo tanto distribuir los gananciales, sin precisar la previa liquidación de la sociedad conyugal.

Y la firmeza del negocio por el que se practica total o parcialmente la distribución será la que por su propia naturaleza tenga. Así la donación, la partición otorgada con los herederos y las capitulaciones, en principio firmes y definitivas, podrán revocarse en los casos que la ley permite; el testamento es revocable por esencia, sustituyendo sus disposiciones por las del nuevo o dejándolo simplemente sin efecto; y la partición unilateral complementaria del testamento del mismo depende por tratarse de un acto para su ejecución. En cuanto a la partición unilateral otorgada por el viudo en complemento del testamento de su cónyuge, es definitiva e irrevocable, puesto que tal carácter tiene éste desde la muerte del testador y el fiduciario con ello agota sus facultades.

D) Plazo

1. Su concreción

El párrafo segundo del primer apartado fija, a falta de previsión testamentaria expresa al respecto, el plazo de dos años, a diferencia del plazo de un año que estableció el artículo 831 tras su reforma por Ley de 13 de Mayo de 1981, y su cómputo se mantiene igual, esto es, a contar “*desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*”.

Luego la duración del plazo se determina por este orden, de modo excluyente:

1º.- El establecido por el fiduciante.

2º.- Cuando el fiduciario pueda cumplir su cometido por testamento, el plazo será el del tiempo de su vida, ya que hasta el último día puede testar a menos que cesaran sus facultades por haber pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tuviere algún hijo no común, salvo que el fiduciante hubiera dispuesto otra cosa.

3º.- Y a falta de fijación del plazo y de permitir el ejercicio de la fiducia por testamento, será el de dos años, a menos que el viudo perdiera antes sus facultades por cualquiera de las causas antedichas.

La extinción del plazo por causa del nuevo matrimonio no presenta problema, pues se trata de una fecha cierta, pero tanto la existencia de la relación de hecho análoga al matrimonio como el nacimiento de un hijo no común, entrañan problemas de fechas y de prueba, junto con posibilidades de fraude, de lo que no vamos a tratar precisamente por sus raras, varias y difíciles *problemáticas*.

Y la determinación del plazo desde la emancipación del menor de los hijos debe entenderse referida a hijos vivos, no a la fecha en que hubiere podido ser emancipado o alcanzare la mayoría de edad el hijo menor fallecido sin emancipar, pues se trata de emancipación efectiva y no hipotética. En este caso la locución hijos no comprende a los descendientes. Es decir, no cabe que el viudo que no tiene señalado plazo para el ejercicio de la fiducia disponga transcurridos dos años desde la aper-

tura de la sucesión o de la emancipación del último hijo, alegando que entre los destinatarios hay un descendiente no emancipado. Pues el legislador con ello, y a falta de su determinación por el difunto, lo que pretende es fijar un plazo cierto, y la inclusión entre los llamados por el fiduciario de un descendiente no emancipado convertiría lo que es término en condición dependiente de la voluntad del viudo a quien su cónyuge no le señaló un plazo superior al legal.

2. Día inicial

Esto es, aquel a partir del cual podrá el viudo distribuir los bienes. No hay problema si el fiduciante fija una fecha inicial cierta, pero se presenta cuando se duda si estamos ante una condición, cual sería la del día en que el mayor o el menor de los hijos alcance una determinada edad y todos murieran antes. En este caso si el evento no se cumple como condición -el día en que el hijo mayor o el hijo menor **cumple** x años- puede tenerse cumplido como término -el día en que el hijo mayor o menor **hubiere cumplido** x años- cuando haya descendientes de ulterior grado destinatarios de los bienes a distribuir o si explícitamente lo hubiere previsto el difunto. Un punto más en el cual una dicción clara y completa, que entra en el deber de redactar conforme a la voluntad de los otorgantes y es propio de la función notarial, evitará el planteamiento de interpretaciones parcialistas.

El fiduciario no puede ejercitar sus atribuciones en tanto no haya muerto quien se las confiere (*para que, fallecido el testador, pueda*, dice el Código), pero se plantea la duda de si por fecha de su distribución debe tenerse la del documento o la de su eficacia. ¿En vida del fiduciante puede el fiduciario testar distribuyendo para el caso de que sobreviva a su cónyuge y subsistan sus facultades? Atendiendo a la finalidad y a la regulación de esta figura, habrá que contestar negativamente, pues quien concede esta especial facultad lo hace en previsión de que él no haya dispuesto de su herencia y no la revoque, circunstancias que juegan como *condictio iuris* y que no quedan determinadas hasta la muerte del fiduciante.

Si el día inicial para el ejercicio de la fiducia no es el de la muerte del fiduciante porque éste lo haya demorado a una fecha posterior, como las condiciones legales están cumplidas la solución hemos de encontrarla en la voluntad del difunto que así lo ordena en razón de la causa que

lo impulsa a ello. Mas en el extremo temporal opuesto, es decir, el vencimiento del plazo fijado por el fiduciante, si todos los interesados dan su conformidad, antes o después de tal día, podrá prorrogarse el plazo para la distribución, ya que se trata de ejercitar un derecho adquirido por ellos, cual es el de heredar, indeterminado individualmente pero cierto en su globalidad. El consentimiento deberán prestarlo quienes necesariamente han de participar en la herencia y no pueden ser excluidos de su partición, esto es, los legitimarios o sus sucesores, sin precisar la intervención de los demás descendientes de ulterior grado que sólo por voluntad del viudo, sin cuya conformidad no cabe la prórroga, podrían participar en la herencia.

E) Pluralidad de descendientes

Para distribuir se precisa que haya pluralidad de destinatarios, como dice el Código al expresar que ha de hacerse a favor de los hijos o descendientes comunes. *Quiénes* están comprendidos en esa dicción y *cuando* ha de darse la pluralidad son los puntos a dilucidar para decidir sobre la efectividad del negocio de atribución. Y la distinta interpretación posible de cada uno de estos dos requisitos nos llevará a soluciones diferentes.

La redacción anterior sólo a los hijos comunes citaba, pero la doctrina, apoyándose en los artículos 814 y 925 del Código, entendía que debía referirse a los hijos y descendientes. Esto es, se trata de hijos y descendientes comunes, vivos o posibles, ya que si bien los hijos, nacidos o concebidos deben vivir al morir el fiduciante, pues más no puede haber, los descendientes de ellos aunque luego nacieren, son parte de la prole para cuyo bien el legislador ha ordenado esta fiducia. Lo cual se traduce en admitir que pueda hacerlo incluso cuando un solo hijo hubiere, pues descendientes suyos podrán nacer antes que el viudo ejercite su derecho, y además porque, siendo posible que el viudo, salvo las legítimas y a menos que el difunto hubiere ordenado otra cosa, disponga de toda la herencia a favor de un descendiente, lógico es que tenga la misma facultad para hacerlo a favor del único, porque así convenga a la familia, y no esperar a que nazcan otros ya que la prole común se contempla como evento y no como hecho.

Sólo pueden ser destinatarios los hijos y descendientes comunes de los cónyuges. En cuanto a los hijos, los que lo sean de ambos cónyuges

por naturaleza, necesariamente matrimoniales, pues si antes del matrimonio los hubieren tenido por éste adquieren tal carácter, y también los adoptados por ambos, ya que la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la natural (art. 108 Cciv). Y respecto a los descendientes, todos aquellos que de los hijos comunes lo fueren, naturales o adoptados, incluso por filiación no matrimonial, pues la exclusión de ésta respecto a los padres no está causada por discriminación alguna, sino que es consecuencia obligada de la condición de ser comunes, mientras que los otros descendientes por serlo del hijo, matrimoniales o no, comunes de sus abuelos lo son.

Los derechos a la herencia del fiduciante se concretan a su muerte a favor de sus descendientes de este modo: en el tercio de legítima, por su propio derecho, quienes en tal momento legitimarios fueren, y en cuanto a los otros dos tercios, todos ellos, sin un derecho concreto mientras el viudo no ejercitare la fiducia, determinándose su derecho al resto, si no agotare la herencia, conforme a lo ordenado por el fiduciante para tal evento o por las normas de la sucesión intestada en su defecto; refiriendo en tal caso una u otra delación al fallecimiento del fiduciante, sin perjuicio de las transmisiones, producidas al amparo del artículo 1.006 del Código Civil.

Los descendientes de los hijos nacidos después de muerto el fiduciante no adquieren personalmente derecho alguno, pero, como son descendientes comunes del fiduciario, éste podrá otorgar disposiciones a su favor atendiendo a unas circunstancias imprevisibles para el fiduciante, de condición futura y a la familia referidas: ninguna digna de mayor atención que la muerte de algún hijo dejando descendientes necesitados de amparo. Y no es admisible que el llamamiento a los nacidos después de muerto el fiduciante quede reducido al tercio libre, alegando que la legítima larga ha quedado concretada al tiempo de fallecer el causante pues si aceptamos que el viudo puede distribuir el tercio libre entre todos los descendientes, nacidos o no al morir su cónyuge, también hemos de hacerlo respecto al tercio de mejora que a descendientes de ulterior grado sobrevenidos podía éste atribuir por vía de fideicomiso, tal como resultará por medio de la fiducia.

VII. LIMITACIONES

A) Derechos de los descendientes comunes

Desarrollando lo que ya disponía el texto derogado, el punto 3 del actual ordena que *“el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos”*. Dos son por tanto, los límites de sus facultades, según estén ordenadas por la ley o por el fiduciante.

1. Límites legales: las legítimas

Si el fiduciario puede mejorar y distribuir el tercio libre entre los descendientes, la legítima a cuyo respeto obliga la ley es la legítima estricta (como aclara el nuevo texto) o parte del tercio de tal nombre, a fijar tal como el Código dispone.

En línea favorecedora de la fiducia que estudiamos, el texto legal salvaguarda el respeto de la legítima al ordenar que *“el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”*. Pero, abundando en el criterio general de la reforma, entiende que son respetadas las legítimas *“aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades”*, como más adelante veremos.

Los problemas sobre fijación del importe de la legítima y del valor de los bienes con que se satisfaga son los mismos de las herencias ordinarias y sólo por el acuerdo entre ambas partes, o la decisión judicial en su defecto podrían solucionarse. Quizá el problema mayor que plantea la fiducia conyugal en este punto es el de las alteraciones de valor de los bienes hereditarios entre el día de la apertura de la sucesión y el de su adjudicación a los descendientes, cuestión que si es de difícil solución en el caso ordinario de retraso en la partición de la herencia, más complicada resulta cuando la distribución efectiva de los bienes puede demorarse largo tiempo, hasta la muerte del viudo fiduciario, y éste hacerlo por adjudicaciones separadas donando bienes a los hijos en fechas distintas, con o sin relicto a distribuir al término de la fiducia por su fallecimiento, las nuevas nupcias o el vencimiento del plazo, con el resultado de que el valor de lo recibido el día de su percepción sea inferior al de la

cuota que al legitimario correspondería hecha la cuenta de la partición al día de la muerte del fiduciante, tanto si se trata de la legítima como de lo que el difunto hubiere dispuesto.

No se debe acudir a una solución teórica y sencilla que injusticia pueda acarrear, como sería determinando tanto el valor de la legítima, o cuota de participación, como el del bien con que se paga a la fecha de la muerte del causante, pues lo que justo hubiera sido si entonces se hubiese percibido, no lo será si el viudo deja correr el tiempo y remitiéndose en la cuenta de la partición al día del fallecimiento atribuye unos bienes cuyo valor actual implica una lesión en el pago del derecho del legitimario. De lo cual podemos deducir que no hay otra solución en la práctica que la del acuerdo entre los interesados, o la judicial en su defecto, con relación a cada caso. Y esto puede salvarse con el buen criterio del fiduciario si procura que la legítima estricta quede salvada cualquiera que sea el momento al que la cuenta pueda referirse: el día de la muerte del causante, el día o los días de las donaciones y el día del término de sus facultades por agotar la distribución.

El Código Civil al regular el pago en metálico de la porción hereditaria de los legitimarios permite que el testador autorice para ello al contador-partidor por él designado y confiere directamente esta facultad al contador-partidor dativo (art. 841). Con ello se reconoce que no se trata de una facultad personalísima, pues si cabe atribuirla a quien ha de sujetarse en la partición a las normas fijadas por el causante, también podrá tenerla quien pueda distribuir los bienes a su criterio sin otro límite que las legítimas.

Ahora bien, si el contador-partidor para ordenar el pago en metálico precisa autorización expresa del testador, ¿se necesitará, también respecto al fiduciario? Creo que no: el contador partidor la necesita porque excede de las operaciones de contar y partir, tal como resulta de la ley y de la configuración jurisprudencial de este cargo; en cambio, dentro de la encomienda de distribuir el patrimonio del fiduciante hay que entender atribuídas todas las mismas facultades que aquel tenía, entre ellas la que nos ocupa, que según el propio legislador no tiene carácter personalísimo (24).

24.- BERMEJO PUMAR (ob.cit. pág. 269) entiende que el cónyuge en el caso del 831 no necesita recurso al 841 siempre que actúe en el ámbito de su poder de disposición. Con arreglo al primero, puede distribuir todos los bienes y mejorar en ellos

Y ¿en qué plazo debe comunicarse a los perceptores la decisión del pago en metálico? El artículo 844 establece el de ‘un año a contar’ desde la apertura de la sucesión, fecha que, aplicando la misma referencia del artículo 831, sería la de la muerte del fiduciante. Más precisamente el parangón entre ambos preceptos nos lleva a otra solución.

En principio, el fiduciario no puede considerarse obligado a comunicar en el plazo de un año desde la muerte de su cónyuge su decisión de ordenar el pago en metálico a uno o varios legitimarios, decisión que ha de ser consecuencia de la que tome para distribuir la herencia antes del transcurso del plazo legal o voluntario de que disponga, plazo normalmente superior a un año. Y por su parte los herederos forzosos tienen derecho a percibir su legítima desde la apertura de la sucesión, con la demora máxima de dos años -uno para comunicar y otro para pago- si se opta por abonarla en metálico. Derechos opuestos en cuanto al tiempo de su ejercicio, que, en atención al interés que respectivamente satisfacen -el familiar y el individual- habrá que concordar.

El legitimario, a sabiendas del riesgo que corre, que es el de no recibir de la herencia más que su parte en el tercio de legítima estricta, pues el viudo de ordinario le *sancionará* no adjudicándole otra cosa, puede pedir el pago de su derecho y a partir del día en que lo haga deben contarse los plazos que el artículo 844 establece, pero sin forzar con ello la distribución, siquiera parcial, de la herencia, sino simplemente fijar y entregar su legítima al reclamante (25).

El título por el cual puede ordenarse el pago en metálico es el mismo por el que se distribuya la herencia, esto es, el testamento o la partición *inter vivos*. Si la distribución se hiciere mediante donaciones en distinto tiempo, en cualquiera de ellas podrá ser dispuesto, como también en escritura específica otorgada a tal efecto. Fraudulenta sería distribuir la herencia en donaciones aisladas pretiriendo a legitimarios, es decir, sin tomar disposiciones para el pago de sus derechos.

(luego en todos). De forma indirecta resultará necesario el pago en metálico de la legítima, cuyo avalúo corresponde a los herederos si no hay liquidador.

25 En el supuesto ordinario, sin fiducia, el plazo para pagar debe computarse, según LACRUZ, desde la aceptación por el último de los herederos (Elementos ..., cit., pág. 495), y según RIVAS MARTINEZ, desde la comunicación al último de los perceptores (Derecho de Sucesiones común y foral, II, Madrid, 1987, pág. 149).

En cuanto al pagador de la legítima creo que, además del descendiente a quien se le ordene, puede ser el mismo fiduciario, con bienes propios o gananciales, esto es, conforme al nuevo texto legal, “*bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*” o “*bienes pertenecientes sólo*” a él. Del artículo 841, al decir que el testador “*podrá adjudicar... a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague*”, parece deducirse que esta orden sólo a los adjudicatarios se refiere, sin que el contador-partidor a quien se atribuya esta facultad pueda aportar dinero propio o ajeno a la partición a fin de realizar el pago. Contra esto cabe aducir que no existe una expresa referencia a los adjudicatarios; que el legislador contempla la sucesión sin intervención del fiduciario; y que éste, al cumplir su misión puede, y convendrá que así lo haga, distribuir conjuntamente sus bienes, los del difunto y los comunes o gananciales de ambos, y al resultado habrá que atenerse para saber si el legítimo ha sido satisfecho en su crédito recibiendo el valor de su porción hereditaria.

Entre las prevenciones legales del pago en metálico de las legítimas está la necesidad de la aprobación judicial de la partición, a menos que todos los hijos o descendientes prestaren su conformidad (art. 843). El cumplimiento de este requisito no ofrece problemas cuando el viudo distribuye los bienes por partición *inter vivos* o por testamento, procediendo a su muerte los descendientes a su división, ya que en uno y otro caso el presupuesto formal de la aprobación del Juez es lo previsto legalmente. Pero si lo hiciera mediante actos distintos y separados, no habrá otra solución para el legítimo que la reclamación judicial para el pago o reconocimiento de sus derechos.

Resumiendo, el pago de la legítima en metálico se rige por las normas ordinarias, con estas peculiaridades: que puede ordenarla el fiduciario, esté o no autorizado; que, en tanto subsista la fiducia, se mantiene su posibilidad y los plazos establecidos por el artículo 844 empezarán a contarse desde el día en que cada descendiente reclame su legítima y con relación sólo al mismo; y que el fiduciario puede ordenar el pago a los otros hijos o descendientes, pagar con dinero de la herencia y pagar con dinero propio por cuenta de aquéllos.

La situación del legítimo depende de que no se le niegue esta condición, y el monto de sus derechos asimismo depende de la computación, colación e imputación de las donaciones y legados que hayan de

traerse a cuenta para fijar su importe conforme a las normas generales. En esta materia se debe respetar, por tratarse de *disposiciones del causante*, lo que el mismo haya ordenado, pero de su silencio no cabe deducir una voluntad contraria a cualquier regulación. Si nada dijo, en cuanto a aquello de que no hubiere dispuesto han de entenderse atribuídas al viudo las mismas facultades que su cónyuge tenía y entre ellas las de ordenar la colación, dispensar de ella y fijar la imputación de lo donado a cada legitimario, pues por la simple vía de la distribución, sin manifestación alguna, llegaríamos al mismo puerto (26). Es decir, todo lo que el difunto pudo determinar o hacer al donar en vida o al ordenar legados, igualmente puede hacerlo el fiduciario al donar o al testar, completando la voluntad de aquel, pero sin contravenirla nunca ni mermar los derechos del legitimario.

Ahora bien, la misma ley que da nueva redacción al precepto que estudiamos, permite, en línea más clara, que los padres o ascendientes puedan “*establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos*”, añadiendo un nuevo párrafo, que será el tercero, al artículo 808 del Código Civil, restringiendo de este modo la intangibilidad de la legítima que proclama el artículo 777 al demorar la adquisición por el legitimario (27).

2. Cuotas de los bienes relictos

El texto legal equipara a la legítima “*la cuota de participación en los bienes relictos*” cuando se ordenen a favor de los descendientes comunes, luego a lo dicho en el apartado anterior me remito, con una salvedad muy importante, pues si bien el importe de la legítima estricta viene fijado por las disposiciones legales y el número de legitimarios en una parte del tercio de la herencia, la *cuota de participación* que el di-

26 Da igual declarar que lo recibido por un hijo es a cuenta de su legítima y con ello queda pagado como callarlo y en la distribución alegar que ya está satisfecho en sus derechos con lo que recibió por donación, sumado a lo que ahora se le asigne, si así fuere.

27 En cuanto a las facultades especiales que puedan atribuirse al fiduciario en orden al usufructo vidual, la administración de la herencia, liquidación de la sociedad conyugal, me remito a lo que dije en mi estudio “La fiducia conyugal (Artículo 831 del Código Civil) en el Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Volumen VIII, págs. 907 a 985, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988.

funto haya establecido puede colisionar con lo establecido a favor de los otros descendientes y de los extraños en su caso, en cuanto exceda de aquello que, conforme al propio testamento y a la herencia relicta, podía disponer el causante y por lo tanto habrá que respetarse cumpliendo la voluntad del difunto.

3. Satisfacción en sus derechos a los descendientes comunes con bienes del fiduciario

Conforme a las normas del Código Civil, salvo el caso de pago en metálico no se puede satisfacer la legítima con bienes no hereditarios. Pero el legislador, innovando una vez más, considera respetadas las legítimas y las disposiciones a que se refieren los dos apartados precedentes “*cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades*”. Es decir, podrá pagarse con bienes del fiduciario, con bienes del mismo y del fiduciante y con bienes gananciales, que de ambos son. Y cabe hacerlo de modo independiente mediante documento (de todo punto necesaria o conveniente la escritura pública) en el que se paguen o se reconozcan satisfechos los derechos del legitimario, ya sea por entrega de la cantidad o cosa correspondiente, reconocimiento de que se ha recibido o partición de la herencia en la que ello se incluya.

4. Límites voluntarios

También el artículo 831.3 ordena el respeto de “*las mejoras y demás disposiciones del causante*” en favor de los descendientes comunes. Estas mejoras o *disposiciones*, ordenadas por actos ínter vivos o mortis causa, pueden mermar el contenido patrimonial, incluso dejarlo reducido a cero, quedando así ineficaz la fiducia, como será el caso extremo de la institución de herederos otorgada en testamento posterior, silenciando o revocando la atribución fiduciaria.

Igualmente podrá el testador fijar las reglas de actuación a las que habrá de someterse el fiduciario al distribuir los bienes, señalando a quién o quiénes y qué bienes se han de adjudicar y del modo o con la libertad con que pueda hacerlo, ordenando mejoras en cuotas del patrimonio e incluso distribuyendo toda la herencia, quedando la misión del fiduciario reducida a la adjudicación de los bienes en pura partición, con más o menos facultades, desde convertirlo en un simple contador parti-

dor hasta actuar libremente a su *prudente arbitrio* como el texto derogado lo calificaba. No se trata de un caso de mera elucubración, pues ante la posibilidad de alteraciones en la extensión, en su calificación jurídica o en su valor, puede convenir que se regule la herencia por la distribución ordenada por el causante completada por aquello que el fiduciario disponga, con la extensión y los límites que el fiduciante haya dispuesto.

El procedimiento para la salvaguarda de tales disposiciones será similar a lo expuesto en cuanto a las legítimas, con la importante salvedad de que estas son intangibles y aquellas no, así cada caso encontrará su solución investigando cual sería la voluntad del causante.

B). Derechos de los descendientes no comunes

El artículo 831, tanto en su redacción primera como en la de 1.981, contemplaba sólo el caso del *viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias*, sin plantearse la interferencia de hijos extramatrimoniales, pues sólo los legalmente reconocidos tenían derecho a una cuota en la herencia, inferior y menoscabada en sus derechos frente a la de los hijos legítimos, cuya existencia pudiera plantear problemas frente a la fiducia conyugal, ya que tampoco contemplaba la existencia de hijos legítimos del cónyuge fiduciante habidos de matrimonio anterior.

El cambio radical en la consideración y derechos de los hijos extramatrimoniales obliga a considerar esta situación y regular sus efectos, más cuando en la práctica el caso puede embrollarse desde la existencia de hijos de anterior matrimonio hasta la del hijo póstumo extramatrimonial del cónyuge fallecido. Y esto es lo que hace el legislador al regular de forma distinta los derechos de los descendientes según sean comunes (número 3 del precepto, antes visto) o no comunes (número 4), con una salvaguarda idéntica.

Puesto que tampoco podrán alterar “*el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones*”. Esto es, el favorecido, que no es descendiente común, no puede ser ascendiente del fiduciario (ni descendiente, lo que es obvio): tal es el presupuesto para que el cónyuge sobreviviente tenga los poderes que el precepto le atribuye.

VIII. INEFICACIA

Por falta de los requisitos necesarios será nulo o anulable tanto el negocio atributivo como el de disposición, que han de reunir los que la ley exija según su tipo: testamento, donación y partición intervivos, a cuyas respectivas normas generales nos remitimos.

Como supuestos especiales, y en el sentido más amplio, aceptando también como ineficacia la sobrevenida, vamos a tratar de cinco causas que han de matizarse al aplicarlas en la fiducia que nos ocupa: indignidad, revocación, fraude, lesión y renuncia.

A) Indignidad

La indignidad para suceder la regula el Código contemplando la relación entre el sucesor y el causante, pero en nuestro caso nos encontramos con otras dos relaciones personales: la de confianza entre el fiduciante y su cónyuge y aquella que por la fijación y distribución de la herencia surge entre el viudo y los hijos.

1. Del fiduciario

De nuevo la literalidad de los términos contrasta con la novedad de la institución. Pues la indignidad es incapacidad para suceder y el fiduciario no sucede al fiduciante, se limita a regular la sucesión de aquel. Pero si las causas de la misma suponen en su mayoría -números 3.º al 6.º del artículo 756- una quiebra grave de las relaciones entre el indigno y el causante que justifican la ineficacia del llamamiento hecho sin conocimiento de ellas -art. 757-, y las restantes -art. 756, 1.º y 2.º- un grave atentado contra la propia familia, y tanto unas como otras invalidan aquella disposición de puro contenido material, con mayor motivo debe causarla la quiebra de una atribución de confianza superior a la normal entre cónyuges. Y en el supuesto, que no será corriente pero sí posible por causa de la edad, de que el testador-fiduciante sea un discapacitado, vale lo dicho para el número 7º del artículo 756, introducido por la misma Ley 41/2003 que modifica el artículo 831, es decir, que es incapaz para ser fiduciario quien lo fuere para suceder al causante.

Otra cuestión será la dispensa por el fiduciante, cuando, a pesar de conocer el hecho que debiera conllevar la pérdida de su confianza, la

otorga o la mantiene, como permite el artículo 757. Podría alegarse que si se admite la aplicación de la normativa legal a un supuesto no contemplado por ella, bien porque se entienda implícito en su presupuesto, bien por razones de analogía, ha de admitirse en los mismos términos que para los casos expresamente sujetos, es decir, con todas las normas que la configuran. Y en contra que la sujeción del mismo a dicha normativa se debe hacer con las matizaciones que lo extraño del mismo requiera.

En el que nos ocupa, no puede olvidarse que no se trata de la exclusiva relación entre testador y el fiduciario indigno, causa de la disposición a su favor, sino entre ambos por razón de la confianza y con los hijos, destinatarios de los bienes, beneficiados o perjudicados por lo que el fiduciario hiciere. Su peculiaridad obligará al Juez a tener en cuenta las circunstancias de cada caso en relación con la diversidad de las causas: uno más de los varios problemas en que los efectos de esta singular figura quedarán al arbitrio de los Tribunales.

2. Del descendiente

La relación sucesoria, en su faceta objetiva de transmisión de los bienes y derechos, se establece entre el fiduciante y el beneficiado por la disposición del fiduciario. Luego las causas de indignidad del llamado han de referirse al titular, al fiduciante, que es a quien en definitiva sucede, sea por la disposición del mismo, sea por la del viudo fiduciario.

Pero en la fiducia, a más de la íntima relación familiar que la motiva y posibilita, surge la peculiar de la confianza personal que se plantea, como se ha dicho, en dos vertientes: la que el fiduciante deposita en el fiduciario porque confía en su buen criterio en el uso de la misma, y la del fiduciario en cada uno de los destinatarios de sus disposiciones, atendiendo a sus circunstancias personales. Luego si las de indignidad, (aparte las dos primeras del artículo 756 que contemplan una conducta antifamiliar y por lo tanto aplicables en todo caso), están referidas a relaciones entre testador sucesor, tanto lo serán respecto al cónyuge difunto como al viudo, ya fuere testador o donante (28). Por la propia esencia de la figura hemos de suponer que, de no mediar dispensa, el fiduciante no habría puesto su confianza en el viudo para que dispusiera a favor del incapaz y el fiduciario no lo haría si indigno respecto a él lo fuere.

28 La indignidad es cuestión de fondo; cuando no hubiere testamento por ordenarse la fiducia en capítulos y disponer el fiduciario por documento ínter vivos, la aplicación

Las causas de indignidad están previstas por la ley y surten sus efectos sin necesidad de decisión alguna del testador, por lo cual las hemos referido a cada uno de los dos cónyuges, disponentes mortis causa por título voluntario en todo caso. Lo que se puede hacer es remitirlas, como permite el artículo 757, con la duda de si el fiduciario podrá dispensar aquellas que produzcan la indignidad del descendiente con relación al difunto, cuestión que habrá que resolver con el mismo criterio que nos ha llevado a su aceptación por igual respecto de ambos cónyuges en razón de la comunión de confianza que la fiducia supone. Luego, si el difunto tuvo conocimiento de ellas y pudiendo hacerlo no las dispensó, el fiduciario no podrá contrariar su presunta voluntad, cual si expresa fuese, por tratarse de disposiciones del causante; pero si murió sin saberlas ni dispensarlas, el viudo, que luego las conoce, puede excusarlas con una decisión que es consecuencia del encargo familiar que ha recibido.

3. Desheredación

Lo dicho respecto a la indignidad es aplicable a la desheredación que el causante formulare respecto al fiduciario o a los descendientes, pues aquel expresamente la proclama por considerarle indigno.

En cuanto a la desheredación de los descendientes por parte del fiduciario, a la indignidad en la misma relación me remito cuando estuviere fundada en las causas del artículo 756, ya que al desheredar simplemente se reconocen y reafirman los efectos de las mismas. Pero la cuestión no es clara cuando precisan declaración voluntaria del viudo (las de los números 1.º y 2.º del art. 853), so bien por las mismas razones que justifican la disposición libre de la herencia se puede mantener la efectividad de la desheredación.

B) Revocación de donaciones

Entre las causas de revocación de donaciones, la supervivencia o superveniencia de hijos es de aplicación *ope lege*, sin necesidad de declaración alguna del donante, que adquiere el derecho a ejercitarla y lo transmite a sus hijos y descendientes, limitando su plazo de vigencia al

de los preceptos que la regulan es incuestionable, aunque el texto legal se refiera literalmente al testador. Las mismas razones para extender a la sucesión intestada servirían en nuestro caso: Ver VALLET, Panorama del Derecho de Sucesiones, Tomo II, pág. 314.

de cinco años (art. 646). En cambio, en todos los demás casos se precisa la instancia del donante (arts. 647 y 648), que no transmite su derecho a sus herederos si, pudiendo, no hubiere ejercitado su acción (art. 653). Y esto nos lleva a preguntarnos quién es el donante a efectos de la aplicación de estas reglas que a él se remiten.

El viudo que, en virtud de sus atribuciones fiduciarias, dona, a título o no de mejora, bienes del padre o madre difunto, es en la relación personal y documental el donante, pues no actúa en nombre del difunto, sino por su propia voluntad y decisión, en virtud de la atribución otorgada por su cónyuge. Pero la transmisión lucrativa, causa y esencia de la donación, se opera entre el patrimonio del difunto y el del donatario. Y esto nos lleva a un esquema triangular con relaciones bilaterales entre sus vértices y nos obliga, como en el caso de la indignidad, al examen separado de cada caso.

La supervivencia o superveniencia de hijos se fundamenta en la relación de éstos con el fiduciante, luego únicamente a los que lo son del mismo puede afectar. En la redacción originaria del Código, cuando solo los hijos y descendientes legítimos eran herederos forzosos, la supervivencia podía darse, pero la superveniencia sólo en un caso: si el viudo fuera la madre y donara desconociendo su embarazo, hecho casi inverosímil. En cambio, con la normativa actual, con la equiparación entre toda suerte de hijos y descendientes, junto a la supervivencia y superveniencia de hijos comunes cabe la de hijos de matrimonio anterior o no matrimoniales del difunto, supuesto ya no tan difícil, especialmente respecto a la existencia de quien nunca había hecho pública su filiación.

Si el objeto de la donación fueran bienes gananciales, la cuestión se complica. En teórica abstracción, no debiera haber problema: la revocación, de producirse, a la cuota de quien hijos nuevos o no sabidos tenga ha ser referida, sin que se altere respecto a la parte del otro cónyuge, sea el difunto o el donante. Pero la donación de cosa determinada suele estar motivada precisamente por la adscripción de la misma a un hijo, es decir, en contemplación a la futura titularidad de la misma tanto o más que a la satisfacción del donatario, a quien, incluso, pudiera no interesarle la adquisición compartida con un extraño afectivamente aunque por sangre hermano sea. Y esto nos lleva a la aplicación, por vía extensiva, del artículo 1.378 del Código Civil, de tal modo que la posibilidad

de la revocación afecta a la donación entera, no sólo a la parte de quienes fueren hijos los sobrevenidos o supervivientes, con las consecuencias que para ambas herencias se produzcan.

La revocación de las donaciones por ingratitud se da por la conducta, lícita o ilícita, del donatario, contraria a la relación de afecto -de amor debiera ser siempre- entre los familiares en su grado más próximo, lo que nos lleva a estimar que es causa de revocación cualquiera que sea aquel de los padres que la sufriere y el viudo podrá ejercitar la acción en ambos casos. El Código nos dice que la acción revocatoria no se transmitirá a los herederos del donante si éste, pudiendo, no la hubiere ejercitado, y así *contrario sensu* admite dicha transmisión cuando no pudo hacerlo, sea por desconocimiento o por imposibilidad (arts. 652 y 653). Por donante, como persona que la donación ordena, hemos de tener al fiduciario, luego de su muerte y de su posibilidad de ejercerla depende la transmisión de la acción, y como herederos del donante hay que considerar a quienes lo fueren del que era titular del bien donado, pues la recuperación en su beneficio se produciría y no en beneficio de los herederos del fiduciario que no sean descendientes comunes.

En el caso de revocación por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante (art. 647), todo lo que hemos dicho respecto a la revocación por causa de ingratitud es aplicable, con mayor razón por cuanto la causa no surge de las relaciones del donatario con el fiduciante, sino de no atenerse a lo que el fiduciario-donante le impuso. El viudo podrá ejercitar la acción de revocación mientras no transcurra el plazo y no contraiga nuevas nupcias, salvo que el fiduciante hubiere dispuesto otra cosa, (como la reforma ha introducido en el número 5) aun cuando agotare sus facultades al disponer de toda la herencia del difunto a título inter vivos, ya que está vigente la confianza que en él depositó y no se trata de una atribución singular que se extinga por consumo del objeto. Pero si el plazo ha vencido, y con mayor razón si se hubiere casado y el testador no hubiere dispuesto otra cosa, la fiducia acaba y serán los herederos de aquél los únicos que podrán revocar las donaciones en el tiempo y en la medida en que la ley permita.

C) Fraude

En un sentido metajurídico puede plantearse el fraude a la confianza que supone aquella distribución que el difunto hubiera tenido por injusta,

cuyos motivos son de prueba prácticamente imposible y por ello también su estimación como causa fraudulenta. El viudo está investido de amplios poderes para distribuir los bienes de su cónyuge, dentro de los límites impuestos por éste y por la ley; la quiebra de la confianza, como en todo apoderamiento amplísimo, sólo el fiduciante podría remediarla con la revocación de cara al futuro, sin alterar el pasado, y esto ya no es posible.

Tampoco ha de considerarse *per se* fraudulenta la distribución hecha antes del tiempo en que por las circunstancias personales de los hijos sería aconsejable, anticipándola el viudo en previsión a sus nuevas nupcias, con la consiguiente extinción de sus facultades fiduciarias, cuando así lo que pretende es cumplir con la confianza en él depositada por su cónyuge del modo que en ese momento convenga a la familia, ya que no podrá hacerlo más tarde.

D) Lesión

Para que se produzca se requiere una alteración de las bases a que está sometido el negocio en detrimento económico de los derechos por ellas determinados, no a los derechos que por ley correspondan y que no pueden ser vulnerados, por lo cual las disposiciones del fiduciario con merma de las legítimas son actos impugnables por ilegales, no simplemente rescindibles por dañosos.

Si al fiduciario se le confieren amplias facultades distributivas, no cabe lesión en su ejercicio, pues no está sometido a bases determinadas. Sólo si su cónyuge hubiere establecido la proporción en que los hijos adquirirían la herencia podría lesionar el viudo a alguno de los hijos en sus derechos, ya que cada uno lo tiene a una porción a concretar, que ha de corresponder con el valor de lo que se le asigne, en cuyo caso la fijación de cuotas inalterables convierte al fiduciario en un simple partidor y la partición por él practicada será rescindible conforme a los artículos 1.073 y siguientes del Código Civil. Este supuesto puede producirse tanto referido a toda la herencia como al resto de ella, si en parte se deja a la libre disposición del fiduciario y el resto debe distribuirlo a partes iguales o en la proporción fijada.

E) Renuncia

El fiduciario podrá renunciar al encargo que se le ha deferido, pues,

aunque moralmente se trate a la par de una obligación, de su incumplimiento no se sigue un perjuicio a terceros que lo excluya de la norma general del artículo 6.2 del Código Civil. Por otra parte, no ejercitar la fiducia nos llevaría a la misma solución, con el posible perjuicio que a los descendientes ocasionara el retraso en la concreción de sus derechos, por testamento o por ley, hasta el día en que expirare el plazo, falleciere el viudo o se casare.

El difunto podrá condicionar al ejercicio de la fiducia los otros derechos que al viudo conceda, singularmente el usufructo universal tan íntimamente relacionado con ella, si bien su efectividad dependerá de que señale plazo o el legal se aplique, pues si se le atribuye la fiducia de por vida, la herencia disfrutará mientras viva y no se case, haya ejercitado o no el encargo.

IX. LA HERENCIA SIN DISTRIBUIR

La herencia del cónyuge difunto con relación a sus sucesores puede encontrarse en una de estas situaciones: yacente, mientras ninguno de ellos la aceptare; aceptada sólo por algunos, cuando así lo hicieren por declaración expresa o tácita, como en el caso de donaciones de bienes de la misma; y aceptada o repudiada por todos.

En orden, a la fiducia, el estado de la herencia será el de aceptación pendiente si el encargo estuviera hecho en testamento; de aceptación expresa, cuando el viudo formalmente la otorgare después de fallecido su cónyuge; de aceptación tácita si ejercitare sus facultades por actos ínter vivos, donando o distribuyendo los bienes; y de ineficacia del encargo por no ejercitarlo, ni total ni parcialmente, antes de su extinción por transcurso del plazo y también por contraer el viudo nuevas nupcias, haber pasado a una relación de hecho análoga al matrimonio o tenido algún hijo no común, en todo caso *“siempre que el testador no hubiere dispuesto otra cosa”*.

Contraer nuevas nupcias es un hecho a suceder después de muerto el fiduciante pues en caso de divorcio se extinguiría al producirse éste, se casara o no luego el que fiduciario había sido. Pero no tan sencillos son los otros, ya que a relación de hecho análoga al matrimonio puede pasar el fiduciario en vida de su cónyuge, separándose también *de facto*, o fallecido el mismo. Y un hijo no común puede tenerlo antes o después de quedarse viudo.

La fiducia también se extinguirá, fallecido el fiduciante, por renuncia del fiduciario, que convendría la hiciera en documento público o por comunicación a todos los interesados, y también al no ejercitarla en el plazo determinado o en su testamento, según el caso, pues aunque entienda que está moralmente obligado a su cumplimiento mientras subsistan o se hayan producido las circunstancias que motivaron la fiducia, queda también a su prudente arbitria apreciar las causas que justifiquen su abstención con su silencio o limitándose a reproducir las disposiciones subsidiarias del difunto o a distribuir la herencia conforme a las normas de la sucesión legítima a falta de aquéllas.

Vigente la fiducia, no ejercitada en parte o totalmente, la situación es distinta de la ordinaria de herencia yacente, pues hay una tercera persona con especiales facultades, y además puede encontrarse el patrimonio en un estado intermedio con distribución parcial y sin concretar todos los llamamientos a la sucesión. En la herencia yacente, de la voluntad de los herederos depende el cese de la situación; en la sujeta a la fiducia, de la voluntad del viudo, sea o no sucesor del difunto, pues mientras él no se pronuncie no tienen por qué hacerlo los descendientes. Pendencia calificada que examinamos a continuación respecto a los puntos de mayor interés.

A) Administración

Todas las elucubraciones que con el silencio del texto legal anterior podían surgir, quedan sin efecto alguno con el nuevo que tajantemente se pronuncia: “corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades” en cuya virtud actúa. Lo cual que ha sido un acierto, ampliando así las del viudo que las recibe por razón de la plena confianza en él depositada. Administración que, salvo el abuso en su ejercicio o la demora irrazonable en el cumplimiento de la fiducia, se mantendrá mientras queden bienes sin distribuir, con relación a todos o sólo a estos, según el caso (29).

29 Sobre la figura del administrador, véase La administración de la herencia en el derecho español, de MANUEL GITRAMA, Madrid, 1950, págs. 93 y ss. VICTOR GARRIDO, en postura más valiente, con pauta tomada de los derechos forales, opina que “es evidente que el supérstite tiene una facultad: la fiduciaria del 831, no para su beneficio y en su propio interés, sino en el de la familia; esto es el derecho-deber o función en definitiva que el Código establece porque confía en el buen hacer, la autoridad y la prudencia del cónyuge viudo. Vale por ello que la administración normal u ordinaria y los actos puramente conservativos no le deben ser ajenos, y que en

B) Disfrute de los bienes

Pendiente la titularidad dominical, los frutos y rentas del patrimonio, salvo el caso del usufructo universal del viudo, teóricamente corresponderían de este modo en proporción a sus respectivos derechos: una parte al viudo por su cuota legal y por sus gananciales en su caso, otra a los legitimarios o sus sucesores y el resto al grupo de los inciertos llamados al mismo, que debería retenerse y administrarse mientras no se sepa quiénes son los destinatarios.

Pero como el viudo puede disponer de los bienes a su prudente arbitrio, de los frutos y rentas puede hacerlo también, tanto si tiene atribuido el usufructo universal y de lo suyo dispone como en uso de sus facultades fiduciarias, ya que bienes son, repartiéndolos o acumulándolos al capital para su distribución posterior, sin que por ello se limiten los derechos de los legitimarios.

C) Disposición

Para la disposición de bienes de la herencia a favor de extraños, o de los propios hijos o descendientes pero no por causa de la fiducia, se precisa el consentimiento unánime de todos los comuneros, pues se trata de una comunidad hereditaria.

Si el difunto ha limitado las atribuciones del fiduciario a un grupo concreto de descendientes, éstos quedan determinados al tiempo de su muerte y todos conjuntamente podrán disponer de los bienes de la herencia, con el viudo si no la hubiere repudiado, ni tampoco renunciado a los gananciales si tal carácter tuvieren aquellos ⁽³⁰⁾, siempre que se respeten los derechos de los descendientes excluidos de dicho grupo, que serán normalmente los que hayan recibido bienes del fiduciario durante su vida, quedando satisfechos en su derecho hereditario.

cuanto a los frutos debe percibirlos él, aunque no para su provecho evidentemente, sino para la comunidad hereditaria (pensemos en un supuesto claro de aplicación del 831, el típico o normal en que la facultad distributiva se establecerá: el del supérstite con hijos de corta o mediana edad). Luego ya llegará el momento de rendir cuentas como todo administrador, pero realmente pensamos que el enfoque debe ser el apuntado" (ob. cit, pag. 387).

30 La renuncia a los gananciales ha dejado de estar prevista explícitamente por el Código, pero disuelta la sociedad no ofrece duda que es posible al amparo del artículo 6, núm. 2, y del 395, con las mismas consecuencias reconocidas por los intérpretes del derogado artículo 1394, y por lo tanto adquiriendo el otro cónyuge o sus sucesores la parte del renunciante, deviniendo así titulares del patrimonio ganancial.

Cuando el fiduciario tiene amplia libertad para distribuir los bienes entre los descendientes comunes, a la disposición deben concurrir todos los que tengan un derecho cierto y determinado a la herencia, esto es, todos los legitimarios, sean o no descendientes comunes, y aquellos que hayan sido llamados por el difunto o los sucesores de unos u otros en su caso, es decir, los que por su legítima o por las disposiciones del causante han de ser respetados en sus derechos como el artículo 831 expresamente ordena. La titularidad del resto de la herencia, o sea, los dos tercios o la parte de ellos no afectada por las “mejoras y demás disposiciones del causante” no se concretará individualmente hasta que el fiduciario haga uso de su derecho, quien hacerlo puede entre los descendientes comunes llamados como legitimarios -los hijos y los descendientes de los hijos premuertos- y los de posterior grado, incluso los no concebidos. Pero la intervención del viudo prestando su consentimiento como fiduciario, aparte de hacerlo por sus propios derechos a la herencia del difunto y cotitular de la sociedad conyugal, significa tanto como concretar el llamamiento de los que con él actúan a los bienes de que se dispone, lo cual en formalismo *ad cautelam* se debería expresar.

Todo lo dicho es cierto, pero el especial carácter de la fiducia conyugal nos lleva a considerar la posibilidad y conveniencia de que el fiduciario disponga de los bienes a título oneroso, ya que, tanto en la comunidad hereditaria como en la ordinaria, nos encontramos ante una situación definitiva de la titularidad, referida en ordinaria a cada uno de los bienes conforme al título que la produce, y en la hereditaria al conjunto de la herencia, en consecuencia con la delación de la misma y la aceptación por cada heredero, que tácita será, pero no menos definitiva, en cuanto con los demás llamados disponga de bienes concretos, actuación ésta que excede de la conservación y administración provisional y por ello así ha de interpretarse conforme al artículo 999 del Código Civil. Mientras no sea aceptada por todos los herederos, expresa o tácitamente, es decir, en tanto quede alguno que no se haya pronunciado, aceptándola o repudiándola, la titularidad del patrimonio relicto está indeterminada: se desconoce quiénes concurren a ella y en qué proporción, y esto imposibilita la disposición de los bienes, aunque fuere necesaria para cumplir con la voluntad del causante, como el pago de legados en metálico, si no lo hay en la herencia, y el pago de las deudas pendientes.

El remedio puede ponerlo el testador nombrando albaceas y atribuyéndoles expresamente facultades de disposición con la amplitud que

estime conveniente al amparo de lo dispuesto por el artículo 901, precepto en cuya interpretación se han mantenido las posturas más dispares con relación al problema principal que su aplicación plantea: el de la necesidad o conveniencia del consentimiento de los legitimarios (31).

En la herencia sometida a la fiducia conyugal es mayor la indeterminación de los herederos y del importe de su derecho, pues ni se conoce quiénes serán en definitiva todos los llamados ni tampoco cuál es su parte o derecho concreto, no ya sólo en el *quantum*, sino también en el *cómo*, ya que depende de la voluntad del viudo, con una permanencia temporal que no es lo ordinario en la herencia indivisa, y con un ejecutor cuyo encargo es más amplio en sus facultades y de una trascendencia muy superior a la del albacea. Por lo cual, trasladando la cuestión a nuestro caso, cabe plantearse si basta el encargo fiduciario para que el viudo enajene bienes de la herencia o se precisa que el testador le conceda esta facultad, y en todo caso en qué medida podrá disponer de aquéllos.

Que se nombre albacea al viudo con las mayores facultades no sólo es compatible con su encargo, sino de todo punto conveniente para su cumplimiento. La herencia se encuentra sin titularidad determinada, en una situación que no es definitiva mientras la fiducia subsista y la distri-

31 RIVAS MARTINEZ las sintetiza en tres grupos según propugnen que el albacea no necesitará para enajenar el consentimiento de los herederos forzosos, que lo necesita siempre o que en principio no lo requiere pero los legitimarios tienen acción eficaz para impugnar el acto (ob. cit., págs. 185 y 186). En los extremos opuestos y en cuanto a su trascendencia práctica nos interesa, GONZALEZ PALOMINO mantenía la inscribibilidad registral de las disposiciones otorgadas por los albaceas con facultades expresas (Enajenación de bienes pseudo-usufructuados, Anales de la Academia Matritense del Notariado, V, págs. 942 y ss.), y SAENZ DE SANTAMARIA sostuvo que, por muy amplias que éstas sean, se precisará el consentimiento de los legitimarios para la validez de los actos dispositivos. (Facultades dispositivas de los albaceas, Revista de Derecho Privado, 1958, págs. 1003 y ss.) En la doctrina más reciente, VALLET sostiene que el testador puede autorizar a los albaceas para enajenar toda clase de bienes, pero si existen legitimarios será necesario su intervención o consentimiento o bien que la enajenación se efectúe simultáneamente o después de terminar las operaciones de liquidación, división y adjudicación de la herencia, es decir, cuando la legítima ya está a salvo (Panorama..., cit., 11, págs. 709 a 713), mientras que DE LA CAMARA, si bien considera acertado el criterio de practicar la liquidación de la herencia y fijar el importe de las legítimas para que se puedan enajenar bienes con el fin de satisfacer disposiciones patrimoniales del testador (como legados en metálico, sufragios piadosos y obras de beneficencia), cuando la enajenación se realiza para el pago de deudas de la herencia o gastos de la sucesión estima que no hay razón alguna para exigir el consentimiento de los legitimarios (Compendio de Derecho sucesorio, Madrid, 1990, págs. 368 a 372).

bución no convenga hacerla o terminarla, lo cual justifica la concesión de unas facultades tanto o más amplias que las que pueden darse al albacea para la herencia indivisa. Con la peculiaridad de que, como no existen derechos cuantitativamente fijados, mientras no se lesione su legítima estricta, es decir, lo único que se puede concretar, ninguno de los descendientes podrá por sí solo o con otros impugnar la actuación del fiduciario, ya que nadie tiene un derecho cierto a la mejora y al tercio libre, salvo que hubiere disposiciones expresas del causante respecto a ellos. Por todo lo cual, es decir, tanto por la finalidad perseguida con la fiducia como por la falta de derechos hereditarios ciertos, la concesión al albacea de la facultad de enajenar debe aceptarse con miras más amplias que en los casos ordinarios, incluso para que la ejercite en actos que exceden de la ordinaria administración, necesarios en una cuidada administración, del patrimonio visto en su conjunto, cual puede ser la enajenación para pago de deudas y gastos o para sustituir unos bienes por otros a fin de hacer su explotación más rentable.

Lo acertado sería estimar que el viudo, por razón de su encargo y esté o no expresamente autorizado para ello, pudiera disponer de los bienes, como GARRIDO DE PALMA dice, en caso de necesidad, de utilidad clara o para satisfacer cargas de la herencia o necesidades del cónyuge o de los hijos. Esto es, no sólo para conservar el patrimonio, como el albacea ampliamente facultado, sino para acrecentarlo y para atender, más que a los bienes, a las necesidades de las personas que integran la familia (32).

Pero esta opinión, hoy por hoy, es aventurado trasladarla a la práctica. Como la prudente doctrina recomienda para el caso del albacea facultado para vender (33), conviene que la disposición por el fiduciario en cuanto exceda de la ordinaria administración se refuerce con el consentimiento de alguno o algunos de los hijos o descendientes comunes,

32 El mismo VICTOR GARRIDO, precisando que “las facultades de administración por el cónyuge fiduciario hay que contemplarlas dentro del supuesto de hijos de corta o mediana edad, o sea, con expresión jurídica, en patria potestad”, ante la objeción de VALLET mantiene que las facultades de disposición “las tiene en cuanto económicamente impliquen actos de conservación o bien de administración útil o necesaria incluso” (El jurista ante la propiedad privada”, en los Estudios jurídicos en homenaje a TIRSO GARRETERO, Madrid, 1985, pág. 254).

33 “En la práctica y evitación de problemas, es aconsejable, siempre que sea posible, que en la escritura comparezcan los legitimarios a fin de dar su consentimiento a la enajenación” (DE LA CAMARA, ob. cit., pág. 371).

nominativa o genéricamente llamados a darlo, pues si con el subterfugio de dar y mejorar a un hijo éste puede vender, ¿por qué no hacerlo directamente con su consentimiento? Lo cual no sería fraudulento, ya que el fiduciario puede entregar bienes concretos a cualquiera de los descendientes con la misma finalidad por la cual el beneficiario lo adquiere: sea la de atender a necesidades de éste, sea a las de la familia con su mediación (34). Y esto sin perjuicio de que los herederos forzosos pudieran impugnarlo cuando perjudique a su legítima, porque disminuye su entidad económica, o cuando atendiendo a las necesidades de parte de los familiares se ha dispuesto de más de dos tercios de la herencia. Es decir, igual que en el supuesto de distribución abusiva.

D) Derechos de los descendientes y de los herederos

Los que tengan la condición de legitimarios, pueden reclamar y obtener su cuota en el tercio de legítima estricta, en bienes de la herencia o en metálico en su caso, derecho que adquieren al tiempo de morir el fiduciante y que se transmite a sus herederos, aunque no fueren descendientes comunes de aquel y su cónyuge.

Y, como resulta, de todo lo expuesto, en los otros dos tercios de la herencia ni los legitimarios ni los demás descendientes tienen otro derecho que el de adquirirlos conforme al prudente arbitrio del fiduciario. Mas como el patrimonio hereditario, por las disposiciones del viudo o por las normas legales en su defecto, necesariamente ha de adjudicarse a los descendientes comunes, cabe preguntar si en cualquier momento podrían todos ellos de común acuerdo exigir al viudo que distribuya los bienes y de no ser atendidos que se parta conforme a las normas testamentarias o legales que sean aplicables.

34 Con lo cual se llegaría al mismo punto que en el Alto Aragón con la facultad de vender del viudo, que tan buenos resultados ha dado, fruto una vez más del quehacer notarial, pacto creado, o por lo menos consagrado, por un cabal y competentísimo Notario, don CELESTINO FALCO Y GUTIERREZ, que lo fue de Graus en el primer cuarto del presente siglo, como en justo reconocimiento he dicho y repetido (Comentarios a la Compilación de Derecho civil), Derecho de distribuir y de partir que, de no entenderse así, la solución práctica sería la misma por aplicación del párrafo 4º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En cambio, cuando se dispone conjuntamente por el viudo y todos los legitimarios a favor de un tercero, sí que se trata de una excepción a tal principio similar a las que recoge el párrafo quinto de dicho precepto, aplicable por analogía en la partición de herencia –y en la sociedad conyugal en su caso- como ya reconoció la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 6 de abril de 1957.

La contestación ha de ser negativa. El difunto, al amparo de la Ley, ha concedido atribución suficiente a su cónyuge para que éste distribuya los bienes entre sus descendientes comunes cuando estime conveniente, en el plazo que determine o en el legal en su defecto, y por ello como máximo hasta la muerte del fiduciario, sin que pueda ser obligado a hacerlo antes. Y por otra parte, hasta que no expire el plazo no se conocerá quiénes serán los destinatarios, ya que si bien nunca se producirá supervenencia de hijos, sí puede darse la de descendientes de grado más lejano mientras alguno viva.

El caso es igual, en cuanto a la pendencia del llamamiento, al de la sustitución fideicomisaria que puede gravar el tercio de mejora, y con mayor razón el tercio libre, en favor de los legitimarios o sus descendientes (arts. 824 y 782 del Código Civil) vivos al morir el causante o nacidos más tarde, antes que sea efectiva la disposición del fiduciario, momento en el cual se produce la delación a su favor. Los destinatarios de los bienes están en situación similar a la de los fideicomisarios condicionales: que vivan al tiempo de cumplirse la condición, cumplimiento que depende del arbitrio del viudo respecto a su fecha, a su objeto y a la persona del destinatario. Los descendientes sólo podrán pedir que se practique la distribución cuando así lo haya previsto el causante o cuando sea imposible hacerlo por incapacidad del fiduciario o no puedan nacer otros descendientes. Y esto incluso si el que lo reclama es el único descendiente, pues por vía de sustituciones el fiduciario puede llamar en el tercio de mejora a los que el mismo tuviere en el futuro, restringiendo sus derechos a la legítima estricta, que es lo único que puede exigir en tanto esté vigente la atribución al viudo.

E) Derechos de terceros

Pendiente la distribución de la herencia, los terceros que tuvieren algún derecho frente al causante podrán dirigirse contra los herederos para hacerlos efectivos, de igual modo que en la herencia yacente, y además en concreto contra los titulares de los bienes ya distribuidos y adjudicados por el fiduciario, debiendo, o al menos conviniendo, requerir a éste en todo caso, dada la singularidad y amplitud de sus atribuciones.

Si se trata de deudas propias de los descendientes, la acción contra ellos podrá dirigirse por los bienes que tuvieren adjudicados y contra la

herencia por los derechos que en ella les correspondan en el resto no distribuido, con las mismas acciones que en el caso de herencia ordinaria, pues frente a terceros no tiene otra condición.

F) Extinción de la fiducia

La pendencia termina con el cumplimiento de su misión por el fiduciario, por la expiración del plazo o por la imposibilidad de su realización. En cuanto a la primera causa, si el fiduciario se limita a la asignación de bienes concretos no se sabrá con certeza cuando se extinguen sus facultades, pues siempre será posible que algunos, por desconocimiento de su existencia, olvido u otro motivo, quedaren sin distribuir, lo cual se salvaría con una disposición general referente a ellos y no se plantea si se distribuye con llamamientos a título universal, o manifiesta que con sus disposiciones queda su misión cumplida y agotado el caudal hereditario.

Si el viudo no ejercitare su derecho total o parcialmente, a la totalidad de la herencia o a la parte que quedare serán llamados los herederos conforme al orden de sucesión fijado por el testamento del fiduciante o por la ley en su defecto y con aplicación de las normas legales sobre colación e imputación de los bienes donados o legados por uno u otro de los cónyuges, del siguiente modo:

1.) Los llamados a la totalidad o al resto no distribuido de la herencia serán en primer lugar los designados para estos casos por el causante en el mismo testamento en que ordenare la fiducia o por otro anterior o posterior y con él compatible, pues el testamento anterior a aquel que contiene la fiducia por éste último quedó revocado, a menos que expresamente se le mantenga con carácter subsidiario o complementario.

2.) El título formal de la sucesión, en defecto de la norma testamentaria dictada para la falta de efectividad o ejercicio de la fiducia, será aquel por el cual se declare o reconozca quiénes son los herederos llamados para tal caso esto es, acta notarial o auto judicial de declaración de herederos abintestato.

X. RESUMEN DE LA FIDUCIA CONYUGAL

El artículo 831 por extraño y revolucionario en el Derecho civil común, prácticamente nuevo por la hibernación a que estaba condenado hasta la reforma de 1981 con la doble exigencia de su constancia en capítulos y de que éstos se otorgaren antes del matrimonio, supone un reto para el jurista a quien se pide consejo sobre la fórmula más conveniente para testar de consuno los cónyuges bien avenidos. Lo cómodo es orillar el problema remitiéndoles al modelo ordinario hasta ahora en tales casos, que es el de la institución hereditaria por partes iguales a favor de los hijos y el legado del usufructo universal al viudo, con la sanción para el heredero que no lo acatare de la reducción en sus derechos a lo que por legítima estricta le corresponda o bien transformando la *cautela socini* en un legado alternativo a fin de que el viudo, conforme le convenga al morir su cónyuge, pueda optar por el usufructo de toda la herencia o por el tercio libre en pleno dominio más su cuota legitimarla; cuando, de conocerla, seguro que en muchos casos por la fiducia conyugal optaría (35).

Los problemas que de la fiducia conyugal pueden surgir son los propios de toda figura en la cual la libertad que se atribuya al titular de un derecho esté limitada por los que otros tengan conforme a la ley, con el peligro de abuso de aquella, que injusto tendrá que ser, aunque ilegal no lo fuere. Es decir, estaremos ante el riesgo inherente al uso de dicha libertad, que por sí solo no justifica su privación, pues privar es no conceder lo que se puede y debe, en este caso por bien de la familia, con la especialidad de que el conflicto se plantea en la línea fronteriza entre el tercio libre y los otros dos tercios, con el arma disuasoria que el viudo tiene por cuanto los derechos fijos sobre el primero pueden ser limitados al mismo o ampliados a los otros dos, a su buen criterio, potestad cuyo ejercicio en bien de la familia es lo que la norma persigue.

Lo novedoso de la figura -los viejos son sus precedentes- obliga a

35 Estamos ante “un campo hermoso, prácticamente virgen, que hay que roturar, arar y sembrar. No eran menores las dificultades que tenían ante sí los que inventaron la sociedad de responsabilidad limitada, la propiedad horizontal, la prenda sin desplazamiento, el procedimiento ejecutivo extrajudicial y tantas armas para luchar por la justicia y la paz” (SANS URANGA, “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”, revista de Derecho Notarial, Abril-Junio 1976, pág. 394). Lo cual acota para nuestro caso AURELIO DIEZ, alegando, en fe de la verdad, que “la inmensa mayoría de los matrimonios que van a nuestros despachos para testar quieren dejarlo del uno para el otro” y se quedan decepcionados cuando el Notario no les ofrece otra cosa que la que dicen que el jurista italiano dio a Mario Socino, el joven,

una cuidada redacción del título en que se ordene en busca de la mayor claridad, tanto en bien de los interesados como de la propia institución, necesitada de una atención especial por razón de su juventud. Para lo cual, como consecuencia y resumen de todo lo que se ha dicho, al redactor del pacto o testamento me atrevería a aconsejarle de este modo:

a) Legar al viudo el usufructo universal de la herencia, sin obligación de prestar fianza ni formalizar inventario y facultándole para tomar posesión del legado.

b) Atribuirle, como facultad independiente, la administración de la herencia mientras no la distribuyere, en su más amplio sentido y por lo tanto pudiendo disponer libremente de los frutos y rentas, invirtiéndolos en las atenciones de la familia a su libre criterio. De este modo se posibilita que el viudo renuncie a la herencia del difunto y continúe al frente del patrimonio familiar.

c) Especificar que se puede distribuir, partir y mejorar a los hijos y descendientes comunes vivos o futuros sean uno o varios y por cualquier título.

d) Instituir herederos a los hijos con derecho de sustitución a favor de sus descendientes para el caso de que el viudo no hiciese uso total de la fiducia, comprendiendo la institución el tercio de legítima estricta y aquella parte de los otros dos tercios de que el viudo no disponga. E instituir heredero, en defecto de todos ellos, al propio cónyuge, tanto para prevenir la muerte como la repudiación por los hijos, lo cual en familias bien avenidas con patrimonio modesto es muy corriente.

e) Si se establece un plazo distinto del legal, cuidar de la clara determinación de su principio y fin.

f) Autorizar al viudo para que ordene el pago en metálico de las legítimas.

g) Sancionar al que no acatare el testamento, las disposiciones del fiduciario o las del contador partidor en su caso, con la reducción en sus derechos a lo que por legítima estricta le corresponda.

pues convencidos están de que otros matrimonios regulado lo tienen de mejor modo" (El nuevo artículo 831 del Código Civil, Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1982, págs. 405 a 424).

h) Nombrar contador partidor con estas facultades:

1.- Liquidar la sociedad conyugal con el viudo cuando éste se lo pidiere.

2.- Y para el caso de que el viudo fallezca o perdiere su condición de fiduciario, partir la herencia en su totalidad, si el viudo no hubiere hecho uso de sus facultades fiduciarias, o bien respecto a lo que quedare si solo parcialmente las hubiere utilizado.

Precisará para actuar el requerimiento de cualquiera de los hijos o descendientes y debiendo cumplir su cometido en el plazo máximo fijado por el fiduciante o, en su defecto, por quien le requiera para partir.

i) Convendrá también prevenir la solución en casos especiales, como facultar al viudo para liquidar la sociedad conyugal del matrimonio anterior del difunto; concretar los derechos de otros hijos y descendientes del mismo, es decir, no comunes, que, cuando menos, a su legítima los tienen; prevenir las consecuencias y las atribuciones del viudo respecto a herencias o patrimonios sujetos a fideicomiso u otra regulación especial y cualquier otro que exceda del supuesto contemplado por el Código.

Y en todo caso, como dice el Reglamento Notarial, en estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos (art. 148), refundiendo o compendiando en sus cláusulas cuanto se estime procedente ordenar.

Cierto que convenía una regulación del viejo 831 más perfilada y exenta de dudas y que la hecha peca de profusa y desordenada, pero el riesgo de acogerse al artículo 831 no es tan grave: ni más ni menos que el que han ofrecido otras figuras e instituciones, nacidas sin amparo legal o con muy pobre regulación y que hoy están plenamente consolidadas. Quien, cuando los cónyuges comparezcan juntos con la pretensión de hacer testamento dejándose uno para el otro (*testament d'ú pá'l atre* piden los valencianos), su pretensión debe respetar y así configurar aquel de tal modo que el viudo quede con las mayores atribuciones posibles dentro de lo que la ley le permita, para lo cual dispone ahora de algo que antes no tenía: un precepto amplio, claro y contundente que en beneficio de la familia, por la voluntad de los padres, se debe aplicar.

XI. LA FIDUCIA DE PADRES NO CASADOS ENTRE SÍ

Fiducia paternal podríamos decir pero esta denominación, a la vez que requisito, cabe también para la conyugal, por lo que así opto por aclararlo con todas las letras como emplea el Código.

Nos dice el número 6 del nuevo 831 que “Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”. Puesto así, al final y no al principio junto con el otro supuesto –el de los unidos en matrimonio-, y desarrollándolo luego a la par que la fiducia conyugal para señalar en cada punto las diferencias que procedan a fin de su adecuado tratamiento en situaciones vitales, más bien familiares, tan distintas induce a suponer que no se trataron a la vez en cada número de los cinco precedentes, destacando las diferencias que entre ambos supuestos hubiere:

O bien porque esta última norma se desarrolló por la comisión redactora cuando ya estaba estudiada y redactada la vieja fiducia conyugal;

O bien –y también quizá- porque era más sencillo hacerlo así y que en su aplicación surgieran las distintas soluciones por ser distintas las situaciones, sin embrollar ni alargar la regulación de cada punto concreto, que en manos de los intérpretes se dejaba.

Así lo creo, y con el sano propósito de simplificar sin perjudicar, pero no sin distinguir, intentaré la aplicación del precepto para este, diríamos, caso revolucionario, con la misma pauta que en la fiducia conyugal.

En cuanto a su presupuesto, que en la fiducia conyugal es el matrimonio, y quizá también antes, *entre novios* cual hemos visto, se puede ordenar, precisando para su efectividad que haya descendientes comunes **al morir el fiduciante**, lo cual en la paternal es la base necesaria para su regulación, con la condición diferencial de que no exista matrimonio, pues se aplica “cuando las personas con *descendencia común no estén casados entre sí*”, condición negativa que no tiene medio específico de prueba.

Para que existan hijos o descendientes al morir el fiduciante basta que estén concebidos, puesto que seres humanos son y por nacidos los tiene el Código civil en su artículo 29, con derecho de *alimentos* (art. 142) y como donatarios (art. 627). Pero cabe preguntarse: ¿es posible, de

modo similar a la fiducia entre novios, que se ordene por ambos padres o uno de ellos, cuando la mujer de esa pareja no está embarazada y por lo tanto en previsión de futuro? No lo creo: no es lo mismo prever el enlace matrimonial, dependiente solo de la voluntad de los futuros padres, que la concepción de la mujer, que puede no producirse nunca, aunque aquellos vivan maritalmente. Mas la cuestión es de todo punto discutible.

Respecto a los restantes supuestos, como condicionamiento o causa de extinción de la fiducia conyugal, que por la existencia del matrimonio pueden darse o son necesarios (enlace, divorcio o separación, reconciliación, viudez, unión de hecho o un hijo extramatrimonial) carecen de consecuencias en el presente caso, ya que si se rechaza el matrimonio como presupuesto esencial, se han de rechazar también todas las situaciones que lo contrarían o en su deprecio se fundamentan: nuevo matrimonio, uniones de hecho y nacimiento de hijos extramatrimoniales, que aquí serían procreados con otra persona.

Lo dicho sobre el negocio atributivo en la ordinaria es aplicable a la fiducia entre padres, salvo la posibilidad de existencia de sociedad conyugal entre ellos, disuelta o no. También lo referido a la disposición por el fiduciario (capacidad, carácter personalísimo, título) es aquí igualmente de aplicación, como lo son las limitaciones por los derechos de otros descendientes, de la misma o de otra pareja, matrimoniales o no.

Repitiéndome, he de decir que el fiduciario no casado tendrá o podrá tener las mismas facultades que el viudo en la fiducia conyugal, salvo la liquidación de una sociedad conyugal porque no puede existir, a menos que bordeando la Ley se haya constituido una sociedad civil *pseudo matrimonial* en la medida en que sea posible regularla y así se haga: supuesto teórico quizá futurible.

Toda referencia a las mejoras, atribuciones y disposiciones, tengan o no por objeto bienes determinados, valen para este supuesto, pues la pluralidad de descendientes, necesaria para que haya distinción entre ellos como sucesores legitimarios, con el respeto debido a las legítimas y a las cuotas de participación ordenadas por el fiduciante o causante, igualmente es posible: incluso cuando hubieren hijos o descendientes tanto comunes de fiduciante y fiduciario como habidos del causante con otra u otras personas, en matrimonio o fuera de él.

En definitiva, la naturaleza de la fiducia paternal es la misma que la conyugal: no se trata de un poder testamentario, testamento por comisario, mandato o sucesión contractual, sino de un nuevo supuesto de lo ya estudiado, que se distingue porque los progenitores no están casados: una figura que en lugar de reforzar la situación de los padres en bien de los hijos, traduciéndolo en el de la familia, tiende directa y concretamente a beneficiar al hijo no matrimonial, prescindiendo de otras consideraciones.

Finalmente, podría plantear dos casos, antídotos, de conversión o reconversión de la fiducia de los padres.

Por una parte, si establecida la fiducia conyugal se declara nulo el matrimonio de los padres, que ya han tenido hijos comunes, ¿se convierte esta figura en fiducia de padres no casados puesto que reúne todas sus condiciones? Creo que la conversión no puede surgir *ex lege* ya que son distintas en el punto básico que les da vida: la relación entre los padres. Es decir, la fiducia devendrá inexistente *ab initio* pues nunca estuvieron casados y en previsión o consecuencia del matrimonio se estableció. Más si pretenden que subsista la solución es sencilla: testar reconociéndolo así y renovarla como fiducia de padres no casados.

Otro caso, como envés del anterior, es el de los padres que han ordenado la fiducia de los no casados, contraen matrimonio y pretenden la validez de la misma como fiducia conyugal, bien porque eran solteros y toman la decisión de casarse, a lo que antes no se atrevían, o bien porque uno de ellos -o los dos- estaba casado con otra persona y el matrimonio, se ha declarado nulo o se ha extinguido por divorcio o muerte del cónyuge.

Este supuesto, diríamos, es más bien positivo: los padres en el caso primero ya no son cónyuges; los del presente, en cambio, se han unido como tales. De todas formas, en éste como en aquel, lo que se precisa o cuando menos conviene de todo punto, es declarar la convalidación de la fiducia pasando al otro tipo para evitar problemas.

CONTESTACION

DEL EXCMO. SR. DON ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ
EXCMO. SR PRESIDENTE DE LA REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
EXCMOS. E ILMOS. SEÑORES ACADEMICOS
EXCMOS. E ILMOS. SEÑORES
SEÑORAS Y SEÑORES

La Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación recibe hoy con viva satisfacción al Académico electo Excmo. Sr. Don Joaquín Sapena Tomás.

Quien, por su sabiduría jurídica y su delicada, fecunda y humanísima dedicación al noble oficio de la Notaria se ha convertido en ejemplo de jurista singularmente notable en la investigación, el estudio y la práctica del Derecho, cualidades que ha tenido en cuenta esta Corporación que hoy le acoge y a la que él, con su saber, viene a enriquecer.

Mi respeto y admiración a su persona y a su obra pueden explicar su elección para que quien os habla conteste a su Discurso de ingreso en esta Academia, lo que es para mi un elevado honor. Muchas gracias, Sr. Presidente por confirmar esta elección.

Van dirigidas mis palabras, siguiendo la costumbre académica, a glosar la personalidad del Nuevo Académico y su labor jurídica, ponderar el valor de su Discurso y expresar la alegría que nos produce su incorporación a la Academia.

Nace Joaquín Sapena Tomás el 23 de Noviembre de 1922 en Sella, un pequeño pueblo al Sur de Sierra Aitana, donde su padre ejercía la profesión de médico.

Habla Joaquín Sapena con orgullo de sus raíces valencianas. Valencianos de la provincia de Alicante fueron, por ambas ramas, sus ascendientes de cuatro generaciones, y en Valencia ha transcurrido la mayor parte de su vida.

Al fallecer su padre, su madre y él fueron a vivir a Villajoyosa, donde hizo sus primeros estudios y el bachillerato, que continuó en Gandía y culminó en Valencia, en cuya Facultad de Derecho cursó brillantemente los estudios de Licenciatura.

En 1948 se presentó a sus primeras oposiciones a Notarías, celebradas en Zaragoza, y obtuvo plaza en Benabarre (Provincia de Huesca).

Poco después contrajo matrimonio con Fina Davó, en la ciudad de Gandía, donde ella nació, y de cuyo matrimonio nacieron sus nueve hijos. De ellos, ocho están con nosotros. Se nos fue Paula, Licenciada en Medicina, a quien conocí y a la que dedico un emocionado recuerdo.

La tarea cotidiana de Joaquín Sapena durante siete años en su primera Notaría fue el clima favorable para un conocimiento vivo y profundo del Derecho civil aragonés, al que dedicó varios trabajos magistrales de investigación, publicados en su mayor parte en el *“Anuario de Derecho Aragonés”* y en la *“Revista de Derecho privado”*.

Entre los mejores cultivadores del Derecho aragonés fue distinguido con la Presidencia de una de las dos Secciones en que se distribuyó el trabajo del *Congreso de Jurisconsultos de los Derechos civiles territoriales*, celebrado en Zaragoza en 1981.

Fue llamado en varias ocasiones al *Consejo de estudios de Derecho Aragonés*, y participó activamente en la fundación de la *“Academia Aragonesa de Jurisprudencia y legislación”*, a la que hace no mucho acudíamos Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (entonces Decano del Ilustre Colegio Notarial de Valencia) y yo, para asistir al acto de lectura de su discurso de ingreso sobre *“Viudedad Aragonesa, efecto primario del matrimonio”*.

Vuelve a su tierra valenciana en 1955 después de obtener en oposiciones restringidas la Notaría de Alcira. Tres años más tarde, en 1958 tras reñidas oposiciones entre Notarios, toma posesión de la Notaría de Valencia, en la que ha ejercido oficialmente treinta y cinco años hasta su jubilación en 1992.

Fue Decano durante seis años (1971-1977) del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, del que hoy es Decano Honorario (por decisión de la

Junta Directiva del Colegio) y Notario Honorario (por nombramiento del Ministerio de Justicia). Está en posesión de la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort. Ha participado en numerosos Congresos nacionales e internacionales, y cuenta con una amplia y valiosa obra científica sobre materias de Derecho Civil, Hipotecario, Mercantil, Urbanístico y Agrario.

Su vinculación a la Academia data de la época en que dirigió la Sección de Derecho agrario, que trabajó asiduamente en defensa de la peculiar forma de explotación agraria de esta Comunidad Valenciana.

Ha sido contundente al defender sus convicciones y ha mantenido siempre una actitud abierta y afable en la discusión de trabajos colectivos. Recuerdo que cuando en este Colegio de Abogados de Valencia se organizó un ciclo de conferencias sobre la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en 1975, Joaquín Sapena aceptó la conferencia más árida sobre el tema de mayor dificultad: *“La vecindad civil y los conflictos interregionales”*. Todos confiábamos en su notable autoridad en este campo.

Quedaría incompleta esta breve semblanza si no hiciera referencia a su colaboración activa en dos instituciones valencianas durante más de veinticinco años: en el Patronato del Colegio Imperial de niños huérfanos de San Vicente Ferrer, del que fue secretario, y en la Archicofradía de Nuestra Señora de los Desamparados, en la que sigue trabajando al tiempo que en la Fundación para la restauración de la Basílica.

Me preguntaba al hacer el guión de este discurso: ¿Hay algo más importante en la biografía del nuevo Académico que haya olvidado? Y tuve que reconocer que sí. Quizá, por evidente, se olvida a veces lo más importante, como la familia o el matrimonio, la más consistente realidad óptica de la vida social. Me parece, querido Joaquín, que aquí reside la más notable expresión de tu personalidad, la más bella enseñanza que ofreces, junto con Fina, tu esposa, como la mejor lección de tu vida.

Paso a exponer algunas observaciones sobre el tema tratado en el Discurso.

En una consideración general me parece oportuno reconocer:

Que es un discurso claro, sobrio y preciso en el extenso catálogo de cuestiones que plantea la reforma del artículo 831 del Código Civil.

Que es prácticamente exhaustivo en la versión que he tenido ocasión de leer y que en este acto nos ha ofrecido su autor en una muy difícil síntesis.

Que está guiada en todo momento por un afán constructivo de encontrar esa precisa solución práctica que requiere todo problema de justicia.

Mi reflexión se centra en lo que de singular tiene la reforma del artículo 831 del Código Civil dentro de una Ley cuya finalidad última es favorecer la situación patrimonial de las personas con discapacidad.

Parece obvio que sin esta finalidad –que inspira y domina toda la reforma- no se hubiera producido una modificación de tanta amplitud como la que ha experimentado el artículo 831.

En el Capítulo II de la Ley 41/2003, de noviembre, se incluyen varias modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la situación patrimonial de las personas discapacitadas.

Entre otras modificaciones, dentro del ámbito del Derecho sucesorio, cabe apuntar las siguientes:

PRIMERO. Crear una nueva causa de indignidad determinante de la incapacidad (art. 756) pero suceder abintestato por no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida.

SEGUNDO. Admitir que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, aunque sólo cuando se trate de beneficiar a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

TERCERO. Proteger directamente a las personas discapacitadas mediante un trato favorable a la donación o al legado de un derecho de habitación que se haga a su favor, cuando sean legitimarios del testador o donante y convivan con él en la vivienda habitual que es objeto del legado o de la donación.

CUARTO. Exclusión de la colación de los gastos movilizados por

los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos y descendientes con discapacidad.

En este cuadro de medidas de favor del Capítulo II de la ley (además de las del Capítulo III, de beneficios fiscales) se incluye también la reforma del artículo 831 del Código Civil.

En el escenario jurídico de la fiducia se puede apreciar ahora, entre los hijos y descendientes comunes, la posibilidad de una singular atención a la persona discapacitada. Alguien que antes de la reforma podía estar de hecho, como uno más, entre los hijos y descendientes comunes, puede estar hoy en ese mismo escenario jurídico en un primer plano. Porque precisamente para la persona con discapacidad se ha hecho la reforma del Código Civil por la Ley 41/2003.

Se indica en la Exposición de Motivos de la Ley: *“Se reforma el artículo 831 con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”*.

Dice algo cierto el nuevo Académico cuando afirma: *“la figura no es nueva, y con el texto anterior ya se podía cumplir con esta finalidad”*.

Sin embargo, esta finalidad es hoy no sólo algo posible –como lo era antes– sino la razón determinante de la ampliación de facultades al cónyuge *supérstite* para favorecer a los hijos y descendientes comunes.

Cierto es que beneficiados pueden ser hoy los hijos y descendientes comunes no discapacitados. Pero si hay discapacitados, a ellos parece asignar la Ley la condición de destinatarios predilectos. Lo explica así la Exposición de Motivos: *“De esta forma se concede al testador que en su testamento pueda conferir al cónyuge *supérstite* amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia entre los hijos y descendientes comunes. Lo que permitirá (y a esta finalidad se orienta la mente del legislador) 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 se podrá tener en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad”*.

De modo que son los autores de la Ley quienes piensan y explican que con la ampliación de facultades del supérstite se trata de crear unas condiciones favorables para una posiblemente más justa valoración en el futuro de la situación de necesidad del descendiente con discapacidad.

Acaso en la misma orientación de protección del discapacitado se podría situar el apartado 6 del artículo 831, conforme al cual todo lo dispuesto en los párrafos anteriores “*será de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí*”.

Cabe preguntar, ¿por qué razón se han extendido a los progenitores no casados las amplísimas facultades de la fiducia conyugal?

Entiendo que esa extensión del ámbito de la fiducia a los progenitores no casados obedece no a un prurito de establecer simetrías con el vínculo conyugal, sino más bien a la última finalidad de que, existiendo descendientes comunes, el designio legislativo de protección de las personas con discapacidad no quede frustrado en ningún caso, aunque el vínculo de los progenitores sea extramatrimonial.

Ha dejado muy claro el nuevo Académico que la figura jurídica que trata está firmemente asentada en la confianza del fiduciante en el fiduciario, de modo que, como también explica, es lógico que entre las causas de ineficacia de la fiducia se encuentre el fraude que supone tanto la quiebra de la confianza del fiduciante como la distribución hecha antes del tiempo que sería razonable tener en cuenta en atención a las circunstancias personales de los hijos.

Y aquí es oportuna la referencia a un pasaje del antiguo texto del artículo 831. en el texto de la redacción originaria del precepto: el fiduciario podrá distribuir los bienes “*a su prudente arbitrio.*”. Hoy esta expresión, que dio lugar a algunas dudas entre los comentaristas, no figura en el texto del artículo 831. Pero parece claro que los autores de la reforma esperan que la actitud prudente del fiduciario sea cualidad rectora de su cometido.

Lo impreciso de la expresión comentada –decía Joaquín Sapena hace quince años- no permite ofrecer soluciones con reglas previas, pues –decía- tan prudente o importante puede ser distribuir con igualdad o de modo dispar, según las circunstancias de la familia.

Aunque la expresión “*prudente arbitrio*”, es imprecisa, ahora la recuerda con sentido práctico Joaquín Sapena para explicar que el fiduciante puede atribuir al fiduciario la facultad de designar heredero. Dice Sapena: lo que el fiduciante quiere, salvo disposición contraria, es que el fiduciario disponga de su herencia con la misma amplitud con que él puede hacerlo y con los mismos efectos que si él lo hubiera hecho; no de otro modo se puede interpretar esta muestra de absoluta confianza en el “*prudente arbitrio*” del viudo.

En el nuevo texto del artículo 831, aunque ha desaparecido la referencia al “*prudente arbitrio*” pervive la virtud de la prudencia como clave de la fiducia.

Actualmente no parece dudoso que en la confianza que da vida a la fiducia está implícita la prudencial “*proa inteligente de la justicia*”. Lo que servirá de norte a la prudencia del fiduciario será el dato objetivo de que alguno de los descendientes comunes sea persona con discapacidad. No sería justo que el hijo o descendiente con discapacidad quede desatendido en concurrencia con los demás hijos o descendientes comunes por un ejercicio de las facultades otorgadas al fiduciario no acorde con la finalidad a que responde la reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003.

Para concluir mi intervención en este acto de recepción del nuevo Académico de Número sólo me resta decir, a este hombre, sencillo y generoso, valenciano insigne y jurista eminente que es Joaquín Sapena, que siempre recordaré como un gran honor darle hoy la bienvenida a esta Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
PREAMBULO	5
I. ANTECEDENTES	7
II. EL CODIGO CIVIL	10
A) Redacción original	10
B) Reforma de 2 de mayo de 1975	11
C) Ley 11/1981, de 13 de mayo	12
D) Ley 41/2003, de 18 de noviembre	12
III. NATURALEZA	13
IV. PRESUPUESTO ESENCIAL	15
A). En la fiducia conyugal: el matrimonio.....	15
1.- Momento del enlace: fiducia entre novios	15
2.- Nulidad	16
3.- Divorcio y separación; reconciliación.....	18
4.- Existencia de hijos	19
5.- Viudez	19
6.- Unión de hecho o hijo extramatrimonial.....	21
B) En la fiducia entre padres no casados: los descendientes comunes ...	21
V.- EL NEGOCIO ATRIBUTIVO	22
A) Derecho vigente: el testamento.....	22
1.- Capacidad.....	22
2.- Condición, término y modo	23
3.- Objeto y límites:	23
a) Facultad de mejorar	24
b) Adjudicaciones o atribuciones	24
c) Bienes de la sociedad conyugal disuelta sin liquidar.....	26
d) Revocación	26
e) Unilateralidad	27

B) Capitulaciones matrimoniales: derecho transitorio.....	27
VI.- DISPOSICIÓN POR EL FIDUCIARIO	28
A) Capacidad	28
B) Carácter personalísimo.....	29
C) Título.....	30
1.- Testamento	30
2.- Donación	31
3.- Donación-partición.....	31
4.- Capítulos	32
5.- Partición unilateral	32
6.- Transmisiones a título oneroso.....	33
7.- Institución de heredero.....	33
D) Plazo	36
1.- Su concreción.....	36
2.- Día inicial	37
E) Pluralidad de descendientes	38
VII.- LIMITACIONES.....	40
A) Derechos de los descendientes comunes:	40
1.- Límites legales: las legítimas	40
2.- Cuotas de los bienes relictos	44
3.- Satisfacción en sus derechos a los descendientes comunes con bienes del fiduciario.....	45
4.- Límites voluntarios	45
B) Derechos de los descendientes no comunes.....	46
VIII.- INEFICACIA.....	47
A) Indignidad:.....	47
1.- Del fiduciario	47
2.- Del descendiente	48
3.- Desheredación	49
B) Revocación de donaciones	49
C) Fraude	51
D) Lesión	52
E) Renuncia.....	52
IX.- LA HERENCIA SIN DISTRIBUIR	53
A) Administración.....	54
B) Disfrute de los bienes	55
C) Disposición	55

D) Derechos de los descendientes y de los herederos.....	59
E) Derechos de terceros	60
F) Extinción de la fiducia.....	61
X.- RESUMEN DE LA FIDUCIA CONYUGAL	62
XI.- LA FIDUCIA ENTRE PADRES NO CASADOS ENTRE SI	65
CONTESTACION DEL EXCMO. SR. D. ENRIQUE LALAGUNA DOMINGUEZ	69