

# Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa

ANTONIO DIAZ FUENTES

(Continuación)

## II. SOBRE EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Reconocemos que al rotular nuestro trabajo con la denominación de "excepciones al personalismo de las disposiciones por causa de muerte" no hemos adoptado un título todo lo amplio que deseáramos para alcanzar el contenido total del precepto que vamos a considerar.

Justificamos inicialmente el empleo de la expresión "mortis causa" porque si usáramos en su lugar el adjetivo "sucesorias", aplicado a las disposiciones referidas, encuadraríamos la institución aludida en el artículo 671 —de la que se trató en la primera parte de este estudio—, en una categoría jurídica que venimos sosteniendo no corresponderle —como se vio, le atribuimos naturaleza fundacional—. Pero aquella fórmula de congruencia —la locución amplia de disposiciones por causa de muerte— nos produce ahora, con respecto al 831, recelos de imprecisión. Y es que la trayectoria en que opera la hipótesis de tal precepto no se marca sólo a través de actos "mortis causa", ni su sentido de excepción se acusa solamente en cuanto a la ordenación sucesional. Por tratarse principalmente de una desviación legal del régimen de los artículos 670 y 830, y ser esta perspectiva la que preferentemente motiva nuestro examen, mantenemos la rotulación inicial del presente estudio, pero muchas facetas de su contenido rebasan los límites de toda relación entre aquellos tres artículos.

El artículo 831 presenta una institución totalmente anómala en nuestro Derecho común, no sólo en el aspecto histórico, por carecer de precedentes en el Derecho castellano tradicional, sino aun en el marco de nuestro vigente ordenamiento positivo, para cuyos principios sustentadores constituye aquella norma una verdadera subversión jurídica.

Representa primeramente una excepción a los artículos 670 y 830. Insistimos en su antagonismo con respecto a ambos para destacar que, si bien están inspirados por la misma orientación doctrinal, no son equivalentes, ni superlino ninguno de los dos, como alguna vez se pensó (1). El artículo 670 rehíese a todo negocio "mortis causa", verse o no sobre mejora. El 830 alcanza a toda institución de mejora,

---

(1) La "Memoria" de 1902 del Tribunal Supremo parece indicar que el artículo 830 es mera repetición del precepto que con carácter más general establece el 670.

ya se realice por acto "mortis causa" o entre vivos. Esta dualidad normativa es, pues, requerida por las posibilidades abiertas para la sucesión contractual por los artículos 825, 826 y 827 del Código civil; y el artículo 831 tanto afecta al 670 como al 830, porque si la excepción que plantea rebasa la institución de la mejora a que se contrae el último —alcanza también la facultad de distribuir otras porciones hereditarias—, es cierto, asimismo, que no limita su órbita a las disposiciones testamentarias, las únicas reguladas por el artículo 670, porque su vehículo de realización es contractual.

Más allá de esta relación, el artículo 831 viene a limitar la prohibición del párrafo segundo del 1.271. Aunque se arguya que el pacto reglado en aquél no confiere a los cónyuges derecho alguno sobre la herencia y que las facultades delegadas únicamente habrán de ejercitarse después de la causación de la misma, es decir, cuando haya dejado de ser futura, es lo cierto que el mero convenio comisorio impide de antemano la fijación automática de los derechos sucesorios de los herederos forzosos en el instante mismo del óbito del "dectius", originando un estado provisional —efecto del pacto— de pendencia hasta que se concrete la atribución cuantitativa de los herederos. Merecería incluso estudiar en qué medida viene a afectar al principio de intangibilidad de las legítimas, obstruyendo la realización inmediata de los derechos sucesorios de cada cual. En este sentido, también altera el régimen de los artículos 806 y 813, párrafo segundo.

Por otro lado, de consagrarse la difundida tesis (2) que inserta en el caso del artículo 831 la facultad de hacer la partición, surge un nuevo efecto de excepción, referido al artículo 1.057, al atribuir a un coheredero la condición de contador partidior.

Autores como "MUCIUS SCAEVOLE" y SÁNCHEZ ROMÁN quieren ver también en el artículo 831 una excepción al 669, prohibitorio del testamento mancomunado. Les replica Enrique SECO CARO (3) argumentando que en el pacto permitido en el 831 no hay testamento, que es una institución preventiva y subsidiaria del abintestato, que no supone disposición común de bienes, que la diferencia de supuesto con respecto al 669 se hace visible cuando el pacto no es recíproco y que nunca se hace en provecho mutuo de los cónyuges. Pero, aparte de ciertas posibilidades ofrecidas al viudo distribuidor para lucrarse en el desempeño de su función, como luego veremos, y sin considerar lo favorable que es su posición para realizar en tal caso su egoísmo económico o autoritario, es bien clara la incongruencia entre el espíritu respectivo de los preceptos citados, uno de los cuales repudia la figura del testamento mancomunado —sin duda, para asegurar la espontaneidad e independencia del querer de cada uno y amparar el secreto de

(2) La sostienen bastantes autores, a los que nos referiremos al tratar especialmente la cuestión. Por el momento bástanos señalar que la afirmó una vez el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 1945. (V. pág. 20.)

(3) En *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo* (Barcelona, 1960), página 96, nota 10.

la ordenación testamentaria—, mientras que el otro, sobre permitir el conocimiento de la disposición, otorga una comisión para realizarla.

Así, pues, el artículo 831 plantea una desarmonía jurídica con respecto a muchos otros preceptos de su mismo ordenamiento. Es un injerto foráneo a los principios tradicionales y vigentes del Derecho civil español común.

### *Su origen*

Ningún precedente se ha de hallar al artículo 831 en el Derecho castellano hasta la codificación.

La aspiración, consagrada por el artículo 258 de la Constitución de 1812 y mantenida en las posteriores hasta la de 1876, de que “el Código civil y criminal y el de Comercio” fueran “unos mismos para toda la Monarquía”, con las alternativas y variantes que sucesivamente modularon aquella idea de unificación legislativa, y la difusión que todo ello favoreció del conocimiento y estudio de las instituciones de Derecho foral, motivaron la incorporación de algunas de estas figuras a los proyectos y formulaciones jurídicas elaboradas con propósitos de aplicación general o para impulsar la vida jurídica de las regiones hacia una armonización definitiva.

Fruto y exponente de esta orientación son, con respecto al artículo 663 del Proyecto de 1851 (4), las palabras siguientes de GARCÍA GOYENA (5):

“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 su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más que a otro. Esta facultad era de suma importancia atendida la legislación foral, por la que venía a ser nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda: y se conservaba así la disciplina doméstica, a más que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria. El amor de padre y madre, el más puro e intenso de todos los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando se generalicen los mismos felices resultados.”

El artículo 663 referido, primer intento de formulación legal al respecto, se ajusta a las palabras transcritas del principal autor del Proyecto de 1851. Y de dicho artículo pasó, a través del 816 del Proyecto de 1882, al 831 actual, por más que el vigente Código, en lugar de pretender la unificación legislativa nacional, guarda respeto a las diversidades jurídicas locales.

(4) Precedente directo del 831 del Código vigente.

(5) En su obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1852), t. II, pág. 107.

Conviene advertir aquí del citado artículo 831 que, aunque sea inequívoca su inspiración foralista, no constituye, sin embargo, una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes. En realidad, constituye una figura autónoma, elaborada bajo el designio de provocar la aproximación de los regímenes vividos en el área nacional y mantenida después por inercia legislativa, pero cuya afinidad con aquéllos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos.

Las figuras forales correlativas a la de nuestro artículo 831, con inspiración común en propósitos de permanencia familiar, de conservación y atribución unitaria del patrimonio y de asignación de la jefatura doméstica, fruto del concepto de familia como entidad permanente y continuada, ofrecen particularidades notables, directamente relacionadas con el sistema sucesorio de cada región, derivadas principalmente del grado con que se aplique a ellas el principio de legítimas o el de libertad de testar, del régimen patrimonial del matrimonio y de la naturaleza de los actos que se tengan por válidos para ordenar la sucesión. Y estas circunstancias, hechas razones motivadoras de cada norma, además de explicar la variedad regional de matices, acordes con el respectivo clima jurídico-social en que rigen, destacan a su vez el carácter foráneo de la institución en el Código civil, tanto en el plano de la deseada concordancia sistemática de sus disposiciones como en orden a la vida jurídica, que muy escasamente aceptó la institución que nos ocupa, incluso en los territorios donde los capítulos matrimoniales son de frecuente uso (6).

Las distonía a que nos referimos, del artículo 831 del Código civil con respecto a las figuras correspondientes de Derecho foral, tanto en el aspecto institucional como en el operativo, produce para nuestro estudio la fundamental consecuencia de impedir o limitar la extensión

---

(6) Hemos podido observar que si bien el pacto preliminar a que se refiere el artículo 831 se consigna frecuentemente en las escrituras de capitulaciones matrimoniales, como una cláusula de estilo, falta en el pueblo la conciencia de ese poder conferido, que sólo muy raramente se ve utilizar en los territorios de Derecho común.

Aprovechamos esta ocasión para desmentir, con referencia especial a Galicia, la afirmación, bastante generalizada, de ser prácticamente desconocido en aquella región el contrato de capitulaciones matrimoniales. Por el contrario, fuera de la zona marinera, puede afirmarse que muy pocos matrimonios se contraen entre gente acomodada del agro gallego sin precederles la correspondiente escritura capitular. La advertencia de aquellos testimonios es válida en cuanto señalan la absoluta rareza de pactos sobre el régimen patrimonial del matrimonio, fuera del de sociedad de gananciales, que es adoptado con generalidad, otorgándose el contrato capitular para realizar ordinariamente finalidades sucesorias, para disponer mejora irrevocable y para constituir dote y donaciones "propter nuptias".

La descalificación de tales negocios como de capitulaciones matrimoniales previene, si bien se mira, de un concepto arcaico de esta figura, ceñido a etapas históricas pretéritas de una institución evolucionada, ensanchada en su ámbito objetivo, especialmente desde que nuestro ordenamiento la señaló como vehículo negocial peculiar para algunas de las finalidades que referíamos.

analógica de las soluciones de aquéllas a los problemas planteados por el discutido precepto de Derecho común.

Adviértase cómo en Aragón, con régimen de “legítima colectiva” —obligación genérica con respecto a los parientes e imputaciones individuales potencialmente nominales, salvo para uno (legítima estricta tradicional de diez sueldos jaqueses)—, con formas de comunidad universal de bienes en el matrimonio, como la regulada por el pacto de “hermandad llana”, y situaciones de continuidad en la explotación conjunta, después de la disolución del matrimonio, por efecto del sistema de viudedad foral o del “pacto de sociedad continuada”, que confiere al viudo la categoría de rector del patrimonio de ambos cónyuges, se comprenden aquellas formas de delegación sucesional tradicionalmente observadas y que han venido a tener consagración actual en el artículo 29 del Apéndice.

El Derecho navarro, para el que la legítima es puramente nominal y que tributa sanción de legalidad al fideicomiso, incluso con instrucciones reservadas, ofrece la mejor estructura jurídica para admitir el “pacto de confianza”, invistiendo a un comisario —cónyuge o pariente— de facultades para elegir al heredero del caserío.

Cataluña, que respeta el principio de legítima fija, aunque reducida, al modo romano, obtiene la designación del sucesor en el patrimonio y en la jefatura familiar mediante los “heredamientos”, acepta la donación universal “inter vivos” y autoriza la “cláusula de confianza” para repartir los bienes herenciales, pudiendo hacerse la encomienda incluso en testamento.

Y también en Vizcaya la comisión entre cónyuges para elegir al sucesor es un hecho perfectamente acomodado al sistema de “legítima colectiva”, al permitido régimen de “comunicación foral”, por virtud del cual se hacen comunes todos los bienes de los cónyuges, habiendo hijos de los dos, y a la permisión general del testamento mancomunado.

En Mallorca, donde prolifera el sistema de regulación “inter vivos” de la sucesión, con profusión de pactos matrimoniales de rango sucesorio, se acepta la figura del llamado “heredero distribuidor”, especie de fideicomiso familiar que implica poderes amplísimos.

Como se ve, falta entre nuestra institución y sus precedentes forales la igualdad jurídica esencial precisa para ligarlos por el método analógico. Parece aconsejable ceñir al ámbito del Código civil y a los principios de su sistema sucesorio la investigación de soluciones para los problemas que el referido artículo 831 plantea.

#### *Desarrollo de la institución del artículo 831*

Repudiada genéricamente la idea de delegación testamentaria, suprimido el testamento por comisario e instaurado por el Código civil un fuerte sentido individualista en la ordenación de las relaciones jurídico-privadas, se autoriza, sin embargo, la distribución de una herencia por persona distinta de su causante, permitiendo que un tercero se inserte

en el fenómeno sucesorio, entre el “decius” y los herederos, para suplir la voluntad omitida de aquél y evitar los efectos disgregantes que representa para el patrimonio la división igualitaria en la sucesión intestada.

Especiales consideraciones de orden familiar y económico introdujeron en nuestro Derecho común la institución jurídica del artículo 831 del Ordenamiento civil:

“... 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.”

La institución que nos ocupa se desdobra en dos momentos sucesivos, a cada uno de los cuales corresponde un negocio jurídico diferente: el primero tiene lugar previamente al matrimonio y se dirige al otorgamiento de la delegación sucesorial; el otro consiste en la realización práctica de las facultades comitidas, habiendo de producirse después de la muerte de uno de los cónyuges.

Correlativamente a estas dos fases o períodos de desenvolvimiento de la institución, se plantean separadamente las cuestiones relativas a la *existencia* del poder delegado, por una parte, y al *ejercicio* del mismo, por otra (7).

Presidirá el desarrollo de estas cuestiones un decidido propósito práctico y crítico, con preferencia a los temas teóricos puros, salvo cuando su análisis sea indispensable o conveniente para decidir las correspondientes soluciones pragmáticas.

### *Constitución del poder de mejorar y distribuir*

El pacto de que se trata ha de insertarse ineludiblemente en el contrato de capitulaciones matrimoniales. Adoptados los requisitos de capacidad —los del art. 1.318 del Código civil—, cumplidas las exigencias formales —según las prescripciones de los arts. 1.315 y 1.321— y expresado el contenido del pacto, dentro de los límites señalados por el artículo 831 del mismo ordenamiento, se realizan los presupuestos jurídicos de validez del negocio. Su eficacia se alcanza al cumplirse posteriormente la “conditio iuris” del proyectado matrimonio, puesto que, aparte de presuponerlo la propia “ratio” del precepto, recordamos que (art. 1.326) “todo lo que se estipule en las capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse”. Hubiéramos omitido esta

(7) Esta distinción conceptual y sistemática está recogida de Enrique Seco Caro, en el estudio más amplio y exhaustivo efectuado sobre la materia: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, trabajo de investigación presentado por el autor en la Facultad de Madrid para colacionar el Grado de Doctor en Derecho. Editado por Bosch, Barcelona, 1960. A través de nuestro trabajo descubriremos varios puntos de desacuerdo con las conclusiones expuestas en la citada monografía.

consideración "perogrullesca" si no fuera por destacar que, siendo ineficaz el pacto por falta de celebración del matrimonio, no deja necesariamente de ser válido, sin embargo, por causa de nulidad del vínculo, según algunos autores, como veremos más adelante, por consecuencia del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio putativo, para el cónyuge que lo contrajo de buena fe.

MANRESA (8) niega la validez del pacto comisorio que se otorgase en las capitulaciones autorizadas por los Secretarios de Ayuntamiento conforme al artículo 1.324, por ser desconocido el importe que podrá alcanzar el caudal de los respectivos cónyuges a su fallecimiento. Frente a aquel autor, SÁNCHEZ ROMÁN (9), ALPAÑÉS (10) y SECO CARO (11). Tampoco nosotros encontramos justificada la restricción propugnada por MANRESA, porque siendo genérica la referencia del artículo 831 al contrato de capitulaciones matrimoniales, no debe entenderse excluida aquella forma especial de otorgamiento si se dan sus propios presupuestos materiales, siendo obvio que la limitación cuantitativa —hasta 2.500 pesetas— y la cualitativa —de exclusión de inmuebles— fijadas por el artículo 1.324 se predicán únicamente de las aportaciones actuales de los cónyuges al matrimonio, sin referirse a las adquisiciones futuras de los esposos.

Merece plantearse aquí la cuestión crítica de si es acertada o no la elección del contrato prematrimonial como vehículo negocial único de erección del poder sucesorio a que nos referimos. En principio, parece absurdo que tal pacto, naturalmente inspirado en la confianza y en el amor familiar, y llamado a producir efectos "post mortem", haya de concertarse, como única posibilidad de validez, antes de la unión conyugal. El conocimiento de los méritos y aptitudes de los esposos, en orden al ejercicio de las facultades que se deleguen, se adquirirá, indudablemente, a través de la vida en común, y muchas veces por determinación de las circunstancias de la descendencia sobrevenida. La delegación anticipada que la ley promueve resultará con frecuencia inconveniente después; en tanto que, omitida en el contrato capitular, se prohíbe conferirla cuando los hechos y las relaciones matrimoniales acaso vengan a hacerla aconsejable.

Esta restricción presenta una doble línea de inconvenientes: primeramente, la prohibición del pacto comisorio entre marido y mujer, una vez unidos en matrimonio (art. 1.315); por otra parte, la imposibilidad de revocar o alterar los esposos el pacto prenupcial (artículo 1.319). El segundo aspecto puede parcialmente corregirse, o evitar al menos sus inconvenientes inmediatos, derogando las facultades anteriormente comitidas, sin más que disponer por sí mismo la propia ordenación testamentaria, dado el carácter preventivo —de abintes—

(8) *Comentarios al Código civil español*, t. VI, pág. 532; 7.<sup>a</sup> ed. revisada, 1951.

(9) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 2.<sup>a</sup>, pág. 1217; 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1910.

(10) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1953, página 297.

(11) *Op. cit.*, pág. 134.

tato— y subsidiario con que se erige la institución que nos ocupa. Sin embargo, este procedimiento abortivo malogra todos los efectos perseguidos por la institución del artículo 831, sin permitir, en cambio, un reajuste parcial de los términos y límites del pacto primigenio, lo que frecuentemente sería deseable y práctico, a la vista de las nuevas circunstancias familiares planteadas.

Desde otro punto de vista, la necesidad de acudir a la ordenación testamentaria para suprimir la eficacia operante del pacto comisorio previo plantea una contradicción legal de fines y medios, respecto al aludido artículo 831. Entre los propósitos de este precepto se cuenta el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuador en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento, en previsión de que el fallecimiento del “de cuius” acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos. Pues bien, con esta determinación teleológica del precepto, si cualquiera de los esposos hubiera de ejercitar la testamentifacción para derogar las facultades delegadas anteriormente en el otro cónyuge, podría ocasionarse una prematura designación del sucesor, y si bien esta eventualidad es ciertamente corriente cuando no media la institución que nos ocupa, con respecto a ésta realiza la paradoja de operar los mismos resultados que con el artículo 831 se tiene intención de evitar.

La prohibición del pacto “post nupcias” tampoco está justificada. El legislador parece albergar en este punto las mismas prevenciones que le decidieron por la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales desde que se celebra el matrimonio, mas, con referencia concreta al aludido pacto, si se recela de su oportunidad después de contraído el matrimonio, por los peligros de captación de voluntad entre los esposos, la promoción que del mismo se hace para antes del vínculo conyugal es una concesión a la inadvertencia y a la ofuscación. La influencia de una de las partes sobre la otra puede tener tan perjudiciales consecuencias ejercida antes del matrimonio como después, y es indudable que antes de celebrarlo se actuará con menor conocimiento de causa y persona. Y el designio de garantizar el interés de terceros, que justifica la inalterabilidad de los capítulos matrimoniales, para asegurar la fiijeza del régimen patrimonial entre los cónyuges, no hay por qué aplicarlo al pacto sobre designación de comisario, que habrá de actualizar sus efectos una vez disuelta la sociedad conyugal, que nunca ocasionará un tránsito de bienes de uno a otro patrimonio y que no entraña riesgo alguno para terceras personas.

En esta coyuntura y dada la unanimidad de la doctrina jurídica en rechazar la exigencia de reciprocidad para la delegación sucesoria tratada, pareceríamos acertadísimo permitir su constitución por vía testamentaria. En su apoyo acude la razón de la experiencia y de los conocimientos personales logrados durante la vida matrimonial, tanto para fundamentar la confianza inherente a esta institución jurídica como para decidir los límites a que convenga ceñir la actuación ulterior del

viudo, con arreglo a las previsiones concebidas por el causante. De la misma opinión, FUENMAYOR, ALPAÑÉS y SECO CARO.

A este respecto conviene traer al recuerdo que en varias de las legislaciones forales que hayan servido de inspiración a los redactores del C. c. las correlativas figuras de comisión sucesoria se plasman en fórmulas testamentarias (12), y en otras de las provincias de Fuero que consagran el pacto de que se trata en capitulaciones matrimoniales, alcanza aquél la flexibilidad deseada mediante la reconocida revocabilidad postmatrimonial del contrato capitular, o mediante la autorización de otorgarlo durante el matrimonio (13).

### *Circunstancias prenupciales del delegante*

Sabemos por expresa prescripción legal que el viudo distribuidor no ha de contraer nuevas nupcias para conservar el poder que su cónyuge premuerto le delegase, pero falta en el precepto una prevención semejante referida a ciertas circunstancias familiares preexistentes al pacto prenupcial y de indudable importancia para la vida y efectos de la institución.

Si el cónyuge delegante tuviera hijos anteriores al matrimonio, sean naturales o de otra unión legítima previa, no es absolutamente realizable la pretendida distribución de la herencia entre los descendientes comunes, porque también los primeros participan del caudal relicto; mas, comoquiera que las facultades conferibles al viudo atañen solamente a los hijos habidos entre ambos esposos, no puede admitirse que los demás resulten afectados por los poderes del padrastro, habiendo de regir para ellos el régimen intestado (presuponemos la inexistencia del testamento, por hipótesis del artículo 831). Convenimos con MANRESA (14) en considerar raro y extraño el otorgamiento de pacto comisorio por quien tiene hijos de otra unión precedente, pero opinamos, en contra suya, que tal caso estorba la aplicación del referido precepto. El citado comentarista se decide por atribuir al viudo, en tal supuesto, las facultades de mejora y distribución, entre los hijos comunes, de la porción herencial resultante de detraer las participaciones asignadas "ab intestato" a los descendientes particulares del "de cuius"; pero esta solución presenta dificultades insuperables y en modo alguno permite realizar el propósito del precepto. Si la mejora y distribución ordenadas en tal caso agrupasen una participación suficientemente cuantiosa para atenuar la desintegración del patrimonio familiar, calculada sobre la totalidad del as herencial y reservando fija la cuota "abintestato" de los hijos anteriores, probablemente resultasen afectadas las legítimas de los hijos comunes no mejorados, puesto que aquel beneficio habría de gravitar sobre la parte

(12) Son usuales en Navarra, Aragón, Mallorca y Vizcaya.

(13) Tales permisiones son tradicionales en Aragón y Cataluña y fueron recogidas en los artículos 58 y 7.º y 9.º de los respectivos Apéndices y Compilación.

(14) *Obra y tomo citados, pág. 533.*

de herencia restante de la deducción previa de los otros hijos; si el dividendo adoptado para cómputo del tercio de mejora se hace consistir en esa porción resultante para los descendientes comunes, después de atribuido el resto a los otros, se quiebra la división tripartita de la herencia y siempre, para mejorar a uno de los hijos comunes, habrán de reducirse las cuotas de los no mejorados por debajo de las participaciones imputadas a los nacidos de anterior matrimonio, que resultarán herederos mayoritarios sin haber sido mejorados. Y, finalmente, si con los hijos comunes y los de anterior matrimonio concurrese algún hijo natural legalmente reconocido, no descubrimos cómo se habría de compaginar la actuación delegada del viudo y el régimen intestado de los descendientes legítimos anteriores, con el módulo establecido por el artículo 840 para fijación de la legítima de los hijos naturales, puesto que mejorándose a un individuo de la prole común los demás de este grupo percibirán cuota menor que los procreados de anterior matrimonio, resultando variable entre unos y otros la participación correspondiente a los no mejorados, a cuya mitad —fluctuante en este caso— habría de equivaler la legítima de los descendientes naturales.

En todo caso, la imputación máxima posible al mejorado será demasiado pequeña para evitar los efectos atomizadores de la partición sobre el patrimonio familiar, quebrándose el designio primordial del artículo comentado, aparte de los resultados notoriamente injustos que se derivasen para los hijos no comunes, de la demora que el ejercicio de las facultades distributivas ocasionará para la práctica de la partición hereditaria. Y si se incluye entre los poderes del viudo el de realizar la partición, no imaginamos cómo pueden los hijos no comunes salvar sus intereses de la influencia del cónyuge delegado en las adjudicaciones para los suyos, a no admitir el absurdo de dos operaciones particionales sucesivas, la primera para separar el acervo de cada sector de descendencia.

Considérese asimismo la anomalía de que un mismo “*decius*” cause, con respecto a algunos de sus hijos, una herencia intestada, y se opere con respecto a otros los resultados mismos de la sucesión testamentaria.

Solamente es factible y útil la realización del pacto comisorio cuando la vocación hereditaria recae exclusivamente sobre descendientes de ambos esposos, y no existen obstáculos insuperables para que una avisada jurisprudencia restrinja la eficacia del pacto a tal supuesto. Considerando el espíritu y finalidad del artículo 831, bastaría poner atención en el presupuesto legal de distribuir la herencia entre los hijos comunes para deducir que están fuera de la hipótesis del precepto y excluidos, por tanto, de su aplicación todos los casos en que haya de participar de la herencia alguien más que los comunes hijos de ambos esposos. Nada más justo ni más conveniente.

*Presupuestos de la actuación delegada del viudo*

Acontecido el fallecimiento del delegante sin haber hecho disposición de última voluntad y con sobrevivencia de varios hijos comunes, realizase plenamente la hipótesis legal del artículo 831 y es llegado el momento a partir del cual el viudo puede, conservando su estado, desempeñar el cometido que su consorte premuerto le confirió. La pura expectativa que tenía al respecto durante la vida de su cónyuge logra la categoría de derecho subjetivo plenamente desenvuelto al sobrevenir el óbito de su consorte, concurriendo las demás circunstancias de hecho referidas. Sin embargo, un afán de pureza conceptual nos obliga a preferir para el poder del viudo la denominación de función jurídica a la de derecho subjetivo, por cuanto su actuación no representa la atribución para sí de ningún contenido económico valuable, al menos en la construcción teórica del precepto (15), sino el desempeño de una actuación proyectada hacia los hijos y vinculada a los más caracterizados deberes familiares.

Debe plantearse aquí la posibilidad de repercusiones que sobre la subsistencia del pacto comisorio puedan producir las incidencias del matrimonio, los efectos de su nulidad o de la separación de los esposos.

Parece haber unanimidad entre los autores (16) acerca de la subsistencia de aquel poder en ambos casos, salvo para el cónyuge de mala fe o que hubiera dado lugar a la separación. Se fundamenta la supervivencia del pacto, en caso de separación, en el artículo 1.440 del C. c.:

“La separación no autorizará a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de muerte de uno de ellos, ni los que se le conceden en los artículos 1.374 y 1.420; *pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo 73.*”

Y para el supuesto de anulación, considérase aplicable la misma norma, por remisión que a ella dicta el artículo 1.429 del mismo ordenamiento.

Según esta generalizada opinión, sólo el cónyuge culpable de separación, en virtud del número 3.º del artículo 73, y el contrayente de mala fe, en el matrimonio nulo, por exclusión del artículo 69, quedan privados de la facultad jurídica que estudiamos.

(15) Recordemos, no obstante, las repercusiones patrimoniales que se producen para el viudo al reconocerle la facultad de partir, porque al componer la hijuela del mejorado señala simultáneamente los bienes que por sí mismo ha de usufructuar; e incluso, hasta la reforma del artículo 834 por Ley de 24 de abril de 1958, el juego de intereses que le era susceptible de poner en movimiento para sí, por la correlación que su cuota había de guardar con las de los hijos, fijadas por él. Véase página 20.

(16) MANRESA, op. cit., t. VI, pág. 532, y SECO CARO, op. cit., páginas 142 y ss.

(17) Manresa, Valverde, De Diego, Mucius Scaevola, Pedregal, entendiéndose que el 51 se aplica solamente al cónyuge de mala fe.

Por nuestra parte, aceptamos la aplicación del citado artículo 1.440 y, por consiguiente, la conservación del poder comitado, en el caso de separación matrimonial, pero creemos que no se ha puesto todavía en su verdadero planteamiento la situación de aquel pacto al sobrevenir la anulación del matrimonio.

Debiórase exceptuar primeramente de dicha tesis el caso de nulidad por impedimento de ligamen, puesto que conforme al artículo 51 de nuestro Código, cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente, ningún efecto civil producirá el matrimonio. Es cierto que algunos autores (17) resuelven la colisión entre los artículos 51 y 69 en favor del segundo; pero, aparte de que otros juristas se inclinan por la solución contraria (18), el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiterada y constantemente en este último sentido, prefiriendo el artículo 51 al 69 en todos los casos de doble matrimonio, ya sea civil o canónico cualquiera de los dos (19), y la Dirección General de los Registros deniega la inscripción de todo matrimonio, aun canónico, contraído por persona ya casada, sea o no civilmente (20). Con arreglo a la doctrina jurisprudencial, en la vida jurídica nacional no se pueden aplicar los beneficios del matrimonio putativo al caso de nulidad por razón de preexistencia de otro vínculo, y en tal supuesto, es incuestionable que la nulidad del matrimonio hace absolutamente ineficaz el pacto previsto en el artículo 831 de la Ley civil, cualquiera que sea el conocimiento y responsabilidad con que se haya contraído. Mas nuestra opinión es que la nulidad del matrimonio alcanza en todo caso la de la delegación establecida en consideración a aquél.

La anulación del matrimonio produce una escisión total de la vida comunitaria no sólo entre los pretendidos esposos, sino también entre la descendencia de ambos. Los hijos se distribuyen ordinariamente en el cuidado y potestad de los padres, según las reglas de edad y de sexo ordenadas por el artículo 70 de nuestro Código. El afecto marital y la comunidad paterno-filial, que constituyen el fundamento humano y moral de la institución del artículo 831, quedan cortados con la nulidad del matrimonio. La dispersión familiar sobrevenida, con las consecuencias que naturalmente se le han de derivar, por la proximidad de cada hijo al progenitor encargado de su custodia y educación, y el alejamiento de los demás, generando preferencias inevitables, nacidas de la convivencia, del conocimiento, de la asistencia

(18) Díaz Guijarro y Martínez Ruiz, Sánchez Román, Castán Tobeñas y Bonet Ramón consideran inaplicable el artículo 69 al supuesto de impedimento de ligamen. Se encontrará amplia y metódica exposición de estos criterios encontrados en: LACRUZ y ALBARRADO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, págs. 127 y ss. (Barcelona, 1963); FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, enero-marzo 1964, págs. 65 y ss.; CONDOPUMPIDO, FERREIRO, Rv. G. L. J., abril 1963, págs. 481 y ss.

(19) Ss. de 31-XII-1912, 12-III-1942, 12-V-1944, 14-VI-1953, 16-XI-1905, 19-I-1926 y muy recientemente la de 20-V-1962 (Aranzadi, 2613).

(20) Res. 11-XII-1948, 23-IV-1949, 6-VI-1950, 16-III-1951, 3-X-1952, 15-N-1960.

recíproca, y aun prioridades afectivas normales en tal estado, incluso por consecuencia de la postura de los hijos ante el hecho causante de la ruptura matrimonial, produce la situación más inadecuada para que uno de los otorgantes del antiguo pacto comisorio se halle en condiciones de ejercitar debidamente ante los hijos las extraordinarias y venerables facultades que fueron previstas solamente en consideración a una unión legítima e ininterrumpida. Nos sorprende que no se alcen voces de protesta contra la aceptación que se dedica al pacto estudiado en el caso de nulidad matrimonial y estamos persuadidos de la repudiación legal de tal parecer.

En primer lugar, no puede encontrarse apoyo en el artículo 1.429 del Código civil, como quieren varios autores, para fundamentar la subsistencia de aquella delegación sucesional al sobrevenir la anulación del matrimonio, porque la renisión que dicta al 1.440 solamente puede acogerse para disolver la sociedad matrimonial de bienes:

“Cuando la *sociedad de gananciales* se disuelva por anulación del matrimonio, se observará lo prevenido en los artículos... y 1.440.”

En este precepto, dictado para regular las relaciones económicas de los esposos entre sí, en cuanto implican una liquidación de patrimonios y el posible tránsito de bienes de uno a otro por efecto de la transitoria unión, no debe tener encaje la situación legal que estudiamos, la cual, aparte de no entrañar derechos de un cónyuge frente al otro, consiste esencialmente en una función jurídica y se aparece tan desprovista de contenido económico para su titular como repleta de valores familiares netos. Nuestra institución no cabe en el contenido objetivo del artículo 1.429.

Y la socorrida construcción del matrimonio putativo tampoco creemos que ampare la impugnada teoría. La figura del matrimonio putativo, nacida históricamente para dar legitimidad estrictamente a los hijos de uniones incestuosas y ampliada progresivamente en dos sentidos, en cuanto a sus causas, a cualquier otro supuesto de nulidad, y en cuanto a sus efectos, haciendo también relativamente eficaz el matrimonio para los cónyuges que lo intentaron de buena fe (21), por consideraciones de equidad (“*pietas*”, “*humanitas*”), protección de la prole inocente, defensa del interés público frente al aniquilamiento de todo vínculo, posesión del estado familiar, etc., viene a cumplir una función que no puede ser ajena al ordenamiento jurídico, el cual, después de decretar la inexistencia del vínculo aparente, no podría desconocer las relaciones múltiples surgidas de un estado “*de facto*” que nació con la investidura formal de la ley y que ha tenido una vigencia operativa en el tiempo hasta la declaración de nulidad. Y esta misma “*ratio*” fundamentadora de la institución acota el área de su eficacia. Copiamos de LACRUZ Y ALBADALEJO (22): “Recuérdese que cuando hablamos de los efectos del matrimonio putativo nos referi-

(21) Seguimos la exposición de LACRUZ Y ALBADALEJO en su citada obra, páginas 118 y ss.

(22) Op. cit., pág. 125.

mos a la subsistencia de los efectos producidos por el matrimonio nulo desde su celebración hasta la declaración de nulidad. Lo que pretende decir el artículo 69 al afirmar que el matrimonio produce efectos civiles es que la declaración de nulidad no obra retroactivamente, sino "ex nunc"...

Así, pues, los privilegios de la buena fe en el matrimonio putativo cesan en la fecha de la anulación, dejando a salvo los resultados nacidos durante la etapa de apariencia del vínculo nupcial. A estos efectos y para decidir acerca del reconocimiento o denegación de tales derechos se atiende al momento de la producción del hecho causal de su normal erección; por lo cual los hijos nacidos o concebidos antes de la sentencia de nulidad no pierden después de ella su condición de legítimos, y al fallecimiento de uno de los contrayentes el cónyuge putativo ostenta derechos sucesorios si la herencia se causó antes de la declaración de nulidad, pero no queda ninguna potencialidad de futura sucesión entre ambos si la anulación se produce en vida de los dos.

A este tenor, la conservación del poder comitado según el artículo 831 puede admitirse cuando la muerte del delegante y el ejercicio por el viudo de la facultad correspondiente se cumplen antes de decretarse la anulación del matrimonio; pero si ésta les precediese habría de arrastrar consigo el pacto prenupcial, sin que sea válido argüir la prioridad cronológica del mismo, pretendiendo derechos nacidos con él previamente a la anulación, para situarse en la hipótesis de eficacia del matrimonio putativo. Destruirán esta argumentación las siguientes consideraciones:

a) El pacto capitular no crea en este sentido ningún derecho, sino una mera eventualidad, cuyo primer presupuesto de validez es la celebración del futuro matrimonio.

b) Aun después de las nupcias y aunque éstas sean válidas, ninguno de los esposos ostenta a este respecto derecho alguno frente al otro para que pueda aplicarse la privilegiada doctrina del respeto a los derechos nacidos antes de la anulación. El poder derivado de aquel pacto surge al plano de vigencia jurídica con la muerte del delegante. Éste es el hecho causal de su aparición, si su eficacia no se la roto con la anulación precedente del matrimonio.

c) La facultad del viudo no nace como derecho, sino como función, y ligada de tal modo al efecto y a la comunidad marital, como fundamentos esenciales, que su conservación después de anulado el matrimonio parecería tan absurda como la subsistencia de las demás funciones matrimoniales. La doctrina del matrimonio putativo puede amparar la titulación de derechos singulares engendrados durante la etapa matrimonial aparente, pero nunca la promoción de una función familiar póstuma, para la cual no debe mitigarse el principio "quod nullum est nullum producit effectus".

*La herencia durante la pendencia de la facultad comitada*

En el caso que estudiamos, al acontecer la muerte del cónyuge delegante surge la excepción al régimen supletorio de la ley (intestado), a pesar de faltar el acto de disposición personal. Con el artículo 831 se intercala una forma intermedia, creándose una nueva jerarquía de las reglas sucesorias: voluntad personal, voluntad delegada, voluntad legal. La ordenación legal intestada ya no actúa supliendo la voluntad del causante, sino en tercer lugar, si el viudo omitiese su actividad delegada; pero en esta actuación de segundo orden se mixtifican caracteres del régimen testado y del intestado: del primero toma la libertad de distribución; del segundo, la fijeza de vocación hereditaria y la exclusión de extraños.

Desaparece la división tripartita de la herencia. El tercio libre pierde su caracterización, y al recaer necesariamente sobre los hijos comunes asimila su condición jurídica al de mejora, viniendo a haber dos tercios tales.

Pero las consecuencias más importantes de este caso singular provienen del estado de interinidad de la herencia y de la incertidumbre que la sucesión sufre en varios aspectos durante el tiempo que transcurre entre la causación y el ejercicio del poder del viudo. Por consecuencia de ello, la constitución del derecho sucesorio sigue una trayectoria anormal. El artículo 831 abre una brecha en el dilema jurídico del 658. Mientras el viudo no defina la ordenación sucesoria, la herencia, abierta por la coyuntura del fallecimiento del causante, está sujeta a una delación imperfecta, concretada la identidad de los sucesores (sólo los hijos comunes), pero absolutamente inciertas la extensión y la naturaleza de sus respectivos derechos hereditarios. Pese a la certeza de las personas llamadas, sus títulos sucesorios no han sido erigidos todavía, y, sin ellos, penden de determinación la cuantía de sus respectivas atribuciones y las figuras jurídicas (herencia, legado, mejora) de adquisición de cada una de ellas. Hay una delación pluripersonal y simultánea en favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento, incalificado y genérico por el momento, no permite realizar la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición. Bien puede hablarse en este sentido de una delación imperfecta y, correlativamente, de una especie de yacencia del as hereditario.

Las consecuencias prácticas de esta situación se multiplican y presentan efectos acentuadamente perniciosos:

Se impide toda operación particional inmediata, provocando la persistencia del régimen comunitario, y la indeterminación de cuotas sustrae al tráfico los derechos inciertos de los herederos.

En el orden interno, el carácter híbrido con que se aparece normalmente la comunidad hereditaria, entre la concepción germánica y la romana, se decide en nuestro caso hacia la primera, presentándose como una verdadera comunidad sin cuotas, interinamente, donde falta

no sólo la cuantía abstracta del derecho individual, sino incluso la medida del goce, pese a lo cual, la futura concreción de partes ideales y la correspondiente aceptación hereditaria han de retrotraer a la fecha de la muerte del causante los efectos de proporcionalidad de las imputaciones, que regirán, "a posteriori", el disfrute previo y la liquidación del aprovechamiento y goce realizados durante el estado anterior de indeterminación.

Hay fuertes razones económicas y sociales que amparan la institución de comunidad en mano común (son notables sus éxitos seculares en materia de montes), sobre la base de su esencial perpetuidad, indivisibilidad e intransmisibilidad de los derechos comunitarios, pero sólo perjuicios y discordias puede ocasionar la provocación de tal régimen con carácter provisional, para regir durante un tiempo limitado, si su liquidación posterior ha de consagrar reglas de división y proporcionalidad esencialmente incongruentes con el sistema sobre que operan. Véase, si no, en una situación como la estudiada, destinada a resolverse en atribuciones individualizadas y cuantitativas, los problemas de administración que plantea; adviértase la inoperancia del artículo 398 del Código civil, por imposibilidad de acordar actos de administración, como no sean por unanimidad. No vale argüir que, caracterizado el supuesto por un régimen de mano común, no hay lugar a plantear problemas de administración, por ser característico de tal institución el disfrute directo, comunal e indiferenciado de sus titulares, sin posibilidad de cesión del uso o disfrute de las cosas, ni del derecho. Este pensamiento pone en olvido el destino ulterior de la situación, llamada a resolverse en una comunidad por cuotas, que ha de operar efectos "ex tunc", provocando una revisión de los actos de goce anteriores a la determinación del viudo. Al producirse ésta se imponen las reglas de la comunidad hereditaria normal, tanto para antes como para después. La situación previa resulta puramente aparental y jurídicamente intrascendente. No tuvo realidad institucional; fue la consecuencia malsana de una incertidumbre jurídica. La comunidad hereditaria surge con el fallecimiento del "decius" para ser una comunidad por cuotas, por más que contingencias anómalas a nuestro sistema sucesorio motiven un desconocimiento interino de aquéllas.

Mientras la herencia pende del acto de distribución del cónyuge sobreviviente, la regla mayoritaria del artículo 398 es absolutamente estéril, por no ser posible conocer qué partícipes representan "la mayor cantidad de intereses", y, en defecto del acuerdo unánime, habrásese de acudir al recurso judicial previsto en el párrafo segundo de aquel precepto, con su complejidad de diligencias e impugnaciones, y la onerosidad necesaria de todo ello.

La imposibilidad de obtener acuerdos mayoritarios, durante el estado provisional aludido—que era absoluta hasta la reforma del Código por Ley de 24 de abril del año 1958—, ha resultado, sin embargo, atenuada al fijarse la cuota viudal con respecto al caudal he-

reditario, permitiendo alcanzar la seguridad de que los acuerdos del cónyuge sobreviviente con más de la mitad de los hijos representan la mayoría de intereses en orden a la administración. No obstante, esta solución, bien poco flexible, sólo se obtiene a costa de acentuar la dictadura del viudo, que así viene a añadir, a la facultad comitada en orden a la distribución del caudal, los más eficaces medios para imponer su voluntad entre tanto no usa de la primera.

*El artículo 831 en relación con el 809 y 811*

Ya hemos aludido a la rotunda subversión jurídica que el artículo 831 representa con respecto a la estructura de nuestro derecho sucesorio, en muy diferentes aspectos, pero la más grave consecuencia del ejercicio de los poderes comitados según aquel precepto surge cuando entre la causación de la herencia y la distribución que el viudo haya de realizar sobreviene la muerte de uno de los hijos comunes, sin descendencia. Entonces el viudo, llamado a la sucesión, aunque con la forzosa condición de reservista, en cuanto a lo adquirido por el descendiente a título lucrativo del otro padre, reuniría las posiciones incompatibles de distribuidor y destinatario, engendrándose para él un interés económico personal en el resultado de su determinación, si no se palián de algún modo los efectos de esta contingencia. Se trata de evitar que el ejercicio libre y omnímodo de los poderes del cónyuge sobreviviente acarree la realización de sus egoísmos utilitarios, como causahabiente del hijo fallecido, cuya participación hereditaria—su propia atribución—ha de fijar el viudo mismo, y al propio tiempo orientar la vida de la institución de manera que sus fines—los pretendidos por la ley y por los cónyuges, en orden a la estabilidad del patrimonio familiar—no resulten truncados porque la contingencia sobrevinida provoque la extinción de las facultades delegadas, al engendrar una incompatibilidad en el viudo.

Subrogado el viudo en el lugar de hijo fallecido, es inmoral permitirle distribuir libremente consigo y los demás descendientes la herencia del consorte, no sólo en la hipótesis de realizar atribuciones mayoritarias en favor del hijo a quien heredó—la prohibición tendría razones radicales—, sino igualmente en todo caso, porque la participación que quisiera percibir como causahabiente del hijo, en la condición de no mejorado, provocaría una gran posibilidad de variaciones en el “quantum” de la mejora, velando mejor o peor su propio interés, y, en último término, la posibilidad de omitir su acto distributivo pondría en condiciones de erigirse en beneficiario de la herencia intestada de su consorte, truncando la “ratio legis” de la institución que nos ocupa.

También se trunca el destino de la misma si estimando la incompatibilidad producida por la sucesión del viudo a un hijo, declaramos extinguido el poder del viudo, pero el jurista ha de anteponer la alta

inspiración moral de la ley a la realización, ya comprometida, de un propósito particular, y prevenir los fraudes a que pueda dar lugar su planteamiento.

El fundamento de la repudiación que propugnamos de la función del viudo en el caso analizado hállase en el propio texto legal del artículo 831, que contempla únicamente el caso de distribución de la herencia entre los "hijos comunes", expresión indudablemente extensiva a los descendientes de cualquier grado, pero excluyente de la actuación del viudo con respecto a otras personas, y, por tanto, para sí mismo; enfocando, desde luego, la cuestión bajo el prisma de la interpretación restrictiva que debe aplicarse a los preceptos de excepción (Ss. 27-II-1926, 12-V-1955, 10-III-1951, 30-X-1951, 12-I-1952, 23-II-1952, 14-XI-1952, 20-I-1956, 8-IV-1957).

Igualmente, la permanente sujeción de los actos jurídicos a los principios morales y al orden público haría recaer la sanción del artículo 1.255 sobre el supuesto que nos ocupa.

Tampoco debe omitirse la mención del párrafo segundo del artículo 1.271, cuya previsión sería atendible para estudiar si la subrogación realizada por el viudo en los derechos del hijo fallecido transfor­maría la situación del pacto prenupcial en un negocio sobre la herencia futura, desde el plano que el viudo viene a ocupar.

Y, además, la doctrina del fraude de ley y el principio de prohibición del enriquecimiento torticero (causa torpe) podrían ser invocados, al menos en muchos casos, al postular la nulidad de actos de distribución realizados contraviniendo los anteriores principios de legalidad.

### *Acto idóneo para el ejercicio del poder delegado*

Los escasos estudios doctrinales elaborados sobre el precepto que nos ocupa dedican generalmente su más atento estudio a la cuestión de si la facultad concedida en los supuestos del artículo 831 es de institución o de partición.

El acto encomendado al viudo, ¿ha de encaminarse a la distribución material de los bienes relictos, mediante la correspondiente operación particional, o bien se orienta a la ordenación de las cuotas ideales de los herederos, supliendo el acto institucional que el causante omitió? ¿Las facultades del viudo sobre la herencia deferida han de actualizarse o no acudiendo a la institución testamentaria? ¿Cuál es el acto jurídico idóneo para realización de la función distributiva?

Se pronuncia Enrique ALPAÑÉS en el sentido institucional del poder del viudo (23). Según su opinión, el pacto a que se refiere el artículo 831 del Código civil otorga a favor del cónyuge sobreviviente un poder para testar.

DÍAZ GUTJARRO y MARTÍNEZ RUIZ (24) sostienen que en nuestro

(23) *La delegación de la facultad de mejorar*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1953, págs. 309 y ss.

caso el viudo viene a hacer el testamento de su cónyuge premuerto, y señalan como lugar adecuado para el precepto que nos ocupa, en una buena sistemática legal, a continuación de 670.

SÁNCHEZ ROMÁN (25) viene a considerar el artículo 831 como una reminiscencia del testamento por comisario, si bien, como veremos más adelante, esta afirmación ocasional no se puede tomar como rotundamente indicativa de su pensamiento sobre la materia, puesto que en otro lugar—véase nota (29)—reconoce al viudo facultades particionales.

Se objeta a la tesis institucional la prohibición absoluta del testamento por comisario en el Derecho español común, negando la posibilidad de presunir un propósito legal de excepción a la norma absoluta del artículo 670 de nuestro Ordenamiento civil y sin considerar atribuible la anomalía a una falta de sistemática en la ley. Por otra parte, se arguye que siendo elemento esencial de la institución hereditaria la vocación de herederos y hallándose éstos en nuestro caso determinados faltamente por disposición legal, en el juego de la sucesión intestada, el vehículo testamentario carecería de valor institucional para los herederos, aunque por él trascendiera la voluntad del viudo a los hijos comunes. Sin embargo, es clara la pobreza del argumento enunciado: la constitución de mejoras sería ya un acto institucional, aunque la vocación hereditaria estuviese realizada de antemano, y en todo caso es muy semejante la posición del viudo, en cuanto al llamamiento de los hijos comunes, a la del causante mismo, con respecto al cual también tienen aquéllos la condición de herederos forzosos, independientemente de su ordenación testamentaria. Negar valor institucional al poder del viudo, sólo porque la delación hereditaria ya es cierta desde la muerte del causante, nos parece adoptar una conclusión apriorísticamente querida y elucubrar luego los argumentos que se le puedan injertar.

Otra dirección sobre la materia está representada por los que atribuyen al viudo, en la realización del artículo 831, facultades particionales.

Ya GARCÍA GOYENA (26), en varias alusiones a través de su obra, demuestra entender que el artículo 663 del Proyecto de 1851 (precepto correlativo al 831 vigente) autorizaba al viudo a hacer la partición.

MANRESA (27), con referencia ya a la ley actual, afirma que el viudo establece la partición de su consorte premuerto.

Coincidente opinión la de MUCIUS SCARVOLA (28): "El cónyuge

(24) *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo* (Madrid, 1908), pág. 387.

(25) *Estudios de Derecho civil* (Madrid, 1910), t. VI, v. 2.ª, págs. 1214, 1221.

(26) *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español* (Madrid 1852). Véanse comentarios a los artículos 663, 558 y 900.

(27) *Comentarios al Código civil español*, 7.ª ed. revisada (Madrid, 1951), t. V, pág. 531.

(28) *Código civil*, t. XIV, pág. 595 (Madrid, 1944).

supérstite es contador partidor único de la herencia de su consorte finado”.

Igualmente SÁNCHEZ ROMÁN (29), por lo que su referencia anteriormente hecho no puede tenerse por concluyente.

Finalmente, sostiene en términos radicalísimos la misma orientación Enrique SECO CARO (30). Sus palabras son:

“Según nuestra tesis, el cónyuge viudo, autorizado para distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, recibe poder para hacer la partición de la herencia del premuerto. Es una forma excepcional de hacer la partición, figura intermedia entre la que realiza el causante y la que se encomienda a un contador-partidor” (pág. 168). Cita asimismo los autores relacionados y concluye categóricamente (pág. 193): “... que el modo o forma única de hacer uso del poder que estudiamos es la división del caudal en las operaciones particionales. El viudo carece de poder para hacer testamento y distribuir así la herencia del premuerto”.

Y el Tribunal Supremo, que nunca abordó directamente el problema que presentamos, una vez, de modo accidental al fallo, declaró que el artículo 831 tantas veces citado autoriza a delegar en otra persona la facultad de hacer la partición. El segundo considerando de la sentencia de 6 de marzo de 1945 se expresa así:

“... El Código... da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en el Derecho francés, sin duda para facilitar las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e *incluso ejercitarse este derecho en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831*) como en lo que se refiere al contenido...”

Ya decíamos al principio de este estudio que al aceptarse la tesis del poder particional del viudo surge un nuevo efecto de excepción del artículo 831, al atribuir a un coheredero la condición de contador partidor, posibilidad que parece rotundamente prohibida por el artículo 1.057. La Jurisprudencia aplicó concretamente esta prohibición al viudo (Ss. de 8-II-1892 y 13-VI-1898), a menos que renuncie a la herencia (argumento de la S. de 18-V-1932). La Resolución de la Dirección General de los Registros de 17-VII-1915 mantiene la prohibición aunque la renuncia se produzca.

La actuación del viudo ha perdido su aspecto más alarmante desde la reforma del artículo 384 por la Ley de 24 de abril de 1958, pero merecía la más grave reprobación mientras perduró el sistema de fijar la cuota viudal por referencia a la legítima de los descendientes no mejorados, por cuanto la facultad concedida al viudo para distribuir la herencia entre los hijos le permitía manejar a su voluntad los factores determinantes de su propia atribución. Actualmente, el reconocimiento de facultades particionales al viudo se prestaría todavía a

(29) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 2.ª, pág. 1215.

(30) Op. anteriormente citada.

notorias immoralidades, porque la posibilidad de componer los lotes o hijuelas le permitiría realizar la elección de los bienes sobre los que haya de recaer su cuota usufructuaria, los de la mejora (31). Ya no hay, sin embargo, ninguna repugnancia en la legalidad vigente, si el cometido del viudo se limita a la determinación de cuotas.

Por todo ello, la prohibición del artículo 1.057 adquiere su máximo rango de oportunidad precisamente para este caso, aconsejando la privación de facultades particionales al viudo. Y si comparamos la objeción que se hacía a la tesis institucional, por oposición al artículo 670, con la que representa para la teoría particional la prohibición del 1.057 —que no aparece limitada por ninguna remisión de su texto al artículo 831—, no cabe duda del rango principal de la última.

Añádase a ello la imposibilidad práctica de realizar el viudo el acto particional cuando la determinación del caudal partible requiera como operación previa la liquidación de la sociedad conyugal, que el viudo no podrá realizar consigo mismo. No nos convencen los paliativos que pretende aplicar a esta cuestión MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (32).

Analicemos ahora cuál de las dos alternativas propuestas por la doctrina (función institucional y función divisoria) resulta más acomodada a la expresión y al espíritu del artículo 831. Emplea este precepto los términos “distribuir” y “mejorar”. Pueden suscitarse dudas acerca de si el primero alude a una designación de cuotas, o bien expresa un acto de división material, pues, apriorísticamente, de ambas maneras puede entenderse; pero es incuestionable que el segundo vocablo referido (mejorar) no se emplea en su sentido gramatical amplio—con idea de comparación o como expresión material de una ventaja—, sino en su acepción estrictamente jurídica—como institución legal autónoma—, no sólo por la incardinación del precepto en la sección correspondiente y por su concatenación directa (ligada por el adverbio “no obstante”) con el artículo precedente (que alude a la

(31) No es explicable esta situación más que como producto de una imprevisión en la tarea legislativa. En efecto, el artículo 831 vigente es transcripción sustancial del 663 del Proyecto de 1851, pero la significación jurídica y las consecuencias prácticas de la norma son diferentes—en cuanto a los resultados de comprender las pretendidas facultades particionales— en cada una de dichas formulaciones, por la simplísima razón de no existir en la más antigua el derecho hereditario reconocido al esposo sobreviviente en el Código actual.

La Comisión legislativa de 1851 introdujo la institución de que se trata, pero no concedió al cónyuge supérstite ninguna participación en la herencia del premuerto. El legislador de 1888, impelido por la Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo del mismo año, adoptó la figura del 663 precedente, sin considerar el cambio de posición que provocaba al introducir la novedad—disentida y deseçada en el intento de 1851— de designar al viudo heredero forzoso.

Así resulta ser el mentado artículo 831 un injerto foráneo, jurídicamente desarmonizado con los principios generales de nuestro ordenamiento, como consecuencia de su exotismo de origen y de su alambicada elaboración, y que no llegó a cuajar en la vida jurídica.

(32) EDUARDO MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, en *Las particularidades de derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código civil*, págs. 198-199. Publicado por el Ilustre Colegio Notarial de La Coruña (1964).

mejora como facultad, como poder jurídico), sino incluso porque en el mismo artículo 831 habrán de emplearse en el mismo sentido el infinitivo “mejorar” y el sustantivo “mejoras”, que utiliza seguidamente para referirse a las ordenadas en vida por el finado. Pues bien, si el precepto alude a la figura jurídica que referimos, tal mejora que el viudo ordene habrá de ser necesariamente instituida, sin que en principio aparezca cercenado para él ninguno de los medios autorizados por la ley para su ordenación normal (testamento, capitulaciones matrimoniales, contrato oneroso con tercero).

Aunque admitiéramos, a efectos dialécticos, la tesis de comprender facultades particionales en el poder del viudo, desecharíamos igualmente la opinión (de Seco Caro) que propugna la división hereditaria como forma única de realizar la función delegada en el cónyuge sobreviviente. Admitir que la partición es el único acto idóneo para realizar el viudo su poder de mejorar equivale a inventar una nueva forma de disposición sucesoria que ni al causante mismo le estaba permitida. Al autorizar el artículo 1.056 del Código civil que el propio testador realice, por acto entre vivos o de última voluntad, la partición de sus bienes, requiere que las operaciones divisorias se ajusten a la norma de un testamento o a la de la ley, porque la operación particional es un acto solutivo que ha de apoyarse en el basamento de una proclamación institucional. Así lo declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 13-VI-1903, 6-III-1917, 9-VI-1940, 6-III-1945 y 6-V-1956, entre otras. Tratándose de un fenómeno de delegación el que estudiamos, es forzoso negar que el poder comisorio ensanche para el viudo la esfera de facultades y posibilidades originarias del comitente, de donde se infiere que no habría de permitirse al viudo la realización de la distribución y mejora en un acto exclusivamente particional, sin mediación de un negocio verdaderamente dispositivo, independientemente de la posibilidad de confluír ambos en un mismo instrumento que reúna las necesarias formalidades.

Y si la partición no es el único acto que da virtualidad a la actuación distributiva del viudo, aunque le fuera permitido realizarlo también, ninguna razón legal se lo hace exigible, porque nada estorba la posibilidad de que el delegado deje de agotar el contenido de su poder y limite su función a señalar las cuotas de participación de los coherederos, cumpliendo su función con determinaciones ideales, sin concreción material de los bienes atribuidos y sin que de esta manera tenga que diferir su actuación hasta después de liquidar la sociedad conyugal.

La actuación del viudo tendrá primero e indudablemente un carácter institucional, aunque sólo sea en cuanto a la ordenación de la mejora, pero que se amplíe o no al ejercicio de una función divisoria dependerá, entre otras razones, del sentido que reconozcamos en el texto legal el vocablo “distribuir”. Hay que apuntar aquí la falta de consecuencia de algunos autores, que atribuyen al viudo tanto la facultad de partir como la de disponer desigualmente del tercio libre, sien-

do de todo punto imposible la coexistencia de ambas. Las funciones del cónyuge sobreviviente están expresadas en la ley con los términos respectivos de "distribuir" y "mejorar", y si consideramos determinado el alcance del último como queda dicho, todas las demás facultades comitidas han de darse a entender en el término "distribuir", que o se tome en el sentido material de división física, aceptando la función particional del viudo, o bien en la acepción amplia de asignación de cuotas ideales, permitiéndonos aplicar su significación a la ordenación del tercio libre. La cuestión plantea el dilema (33) de optar para el viudo entre las funciones de mejorar y partir, dejando intangible el tercio libre, o las de mejorar y distribuir dicho tercio, sin realizar la división material.

Si la cuestión se enfoca desde el punto de vista puramente gramatical, referido al verbo "distribuir", no llegaremos a una conclusión segura, sobre todo si atendemos tanto como a los varios matices de su significación, al sentido usual que da la ley a éste y a otros vocablos semejantes, porque si bien encontramos empleado aquel término en su acepción estrictamente material, de partición, en los artículos 671, 1.058 y otros del Código civil, el texto de los artículos 810, 926, 932, 933 y 937 nos ofrece, en cambio, el verbo "dividir" en el más claro sentido ideal, de fraccionamiento en cuotas. La "división de una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde" (34), no implica necesariamente la ejecución de una operación física sobre el objeto. El Diccionario de la Lengua reconoce como segunda acepción de "distribuir" la de "dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente", e incluso el término "dividir" se usa correctamente en sentidos absolutamente inmateriales, como el de "desunir los ánimos y voluntades, introduciendo la discordia", o el de "averiguar cuantas veces una cantidad, que se llama divisor, está contenida en otra, que se llama dividendo". En el orden gramatical no vemos razón que nos lleve al criterio cerrado de presuponer en la voz comentada el significado consciente y deliberado de partir.

Poco o nada nos puede alumbrar el examen de los antecedentes forales del precepto, porque otra vez tendremos que destacar la semejanza fundamental entre éste y aquéllos. Uno de los elementos configurantes de nuestra norma, la institución de la mejora, no existe en las legislaciones forales, que tanpoco reconocen la división tripartita de la herencia y tratan de orientar ésta hacia una atribución unitaria, frente al efecto disgregante que generalmente le imprime el Código civil, bajo la fuerte presión de la legítima individual y el régimen igualitario de la sucesión intestada. Ni la idea de partición es propicia a la función del viudo en las regiones forales, que buscan por principio la indivisión del patrimonio hereditario, ni la distribución del mismo en cuotas conviene a la idea de su atribución integral a un sucesor, que impera por lo general en aquellas legislaciones.

(33) Apuntado en la obra citada de MENÉNDEZ-VALDÉS, págs. 194-195.

(34) Definición del Diccionario Manual de la Real Academia (1927). Voz: *distribuir*.

El propio artículo comentado es el que ha de ofrecernos, en sí mismo y en sus conexiones dentro del Ordenamiento a que pertenece, las vías de su inteligencia. Si se piensa que el vocablo "distribuir" expresa una función particional, nada queda en la ley que nos permita reconocer al cónyuge delegado su espontánea actuación sobre el tercio libre y, en consecuencia, las posibilidades de distribución mayoritaria se reducen al juego de la mejora. En tal caso, el indiscutible propósito legal, de evitar la atomización del patrimonio, resultaría frustrado si dos tercios íntegros de la herencia (el de legítima y el de libre disposición) quedasen sustraídos a la actuación del viudo, y la expresión del precepto también quedaría perjudicada, porque la dicción de la ley solamente preserva de la libertad del delegado "las legítimas y las mejoras hechas en vida por el finado". Ni a unas ni a otras afecta la distribución desigual del tercio libre y, sin embargo, la tesis de su intangibilidad no se aviene con el sentido que parece haberse querido imprimir al texto legal en su referencia al "prudente arbitrio" del distribuidor.

Si el cometido de partir y la función de hacer asignación única o desigual del tercio libre son recíprocamente excluyentes, la segunda tiene valiosas razones de preferencia. Pero hay, además, un argumento de orden principal que no permite acoger la tesis particional sin torturar el alma de la norma: "... podrá válidamente pactarse... que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda...". La hipótesis legal viene configurada por un presupuesto inexcusable (el fallecimiento intestado del comitente) y lo que entró a formar parte de la hipótesis legal ha de ser recogido también en la determinación de su finalidad, si no ha de carecer el precepto de un sentido racional y teleológico; de manera que, tratándose de un supuesto de delegación personal, la misma dependencia que el ejercicio de la función comitada guarda con la falta de disposición testamentaria del esposo premuerto, debe guardar el contenido de aquella función con el acto omitido que le sirve de presupuesto (no estorba la actuación del viudo la existencia de cualquier disposición sucesoria del finado, puesto que el artículo 831, al salvar las mejoras instituidas en vida por el causante, reconoce la subsistencia del poder comitado y solamente lo anula por la mediación de una ordenación estrictamente testamentaria). Estas consideraciones, inevitables en la tarea investigadora de la norma, nos llevan lógicamente a inferir que el acto destinado a realizar el viudo habrá de tener finalidad y resultado correspondientes al que su cónyuge dejó de otorgar y cuya falta motiva la actuación ulterior de aquél. El esposo sobreviviente llegará a intervenir si el delegante no testó por sí mismo, y el marcado carácter supletorio con que nace la función del primero le hace corresponderse a la del causante, de cuya omisión proviene aquélla. La función particional se comprendería como ejecución de la voluntad del premuerto, pero, omitida por éste, ha de suplirla el viudo, que le sustituye en su manifestación. Lo que se pretende, en definitiva, es evitar el régimen abintestato, ordenando el viudo

o completando (si hubo mejoras previas) la sucesión del causante, mediante su función, que la ley bien denomina de "distribuir", y su contenido deberá concebirse como equivalente al que hubiera tenido el testamento de su esposo fallecido: un contenido necesariamente institucional, independientemente de la forma que le sea propicia. No queremos decir que se trate necesariamente de una comisión para testar, ni que el acto del distribuidor haya de revestir formalidades testamentarias; será ello objeto de ulteriores consideraciones y sólo queremos significar por ahora que la tesis particional no congenia con la configuración del precepto estudiado, porque lo que la ley se propone prevenir no es la indivisión hereditaria, sino la sucesión igualitaria propia del régimen intestado. De otro modo, no hay razón para detener la actuación del viudo, aunque su consorte hiciera testamento, si la función que se encomendase a aquél fuese la de partir.

Y aún se refuerza la tesis institucional con la expresa mención legal de operar el viudo su actuación solamente entre los hijos comunes, acotamiento de facultades concebible y oportuno a quien se le reconoce una cierta función de naturaleza dispositiva, con objeto de señalar sus límites, pero absolutamente innecesario como aclaración a un cometido puramente particional, en que no constituiría especialidad el que sólo puedan ser adjudicatarios los que hayan recibido el llamamiento hereditario, que el viudo no realizaría. No es que nuestro pensamiento atribuya a la actuación institucional del viudo la vocación hereditaria, que ya está indudablemente realizada desde el óbito del causante, por imperativo de la ley, pero, como decíamos en otro capítulo (35) de este trabajo, la apertura de la sucesión se produce en nuestro caso bajo unas condiciones de delación imperfecta, concretada en la identidad de los sucesores (los hijos comunes), pero insegura en cuanto a la extensión y naturaleza de los respectivos títulos hereditarios, que el viudo ha de fijar en definitiva. Por su actuación se completa la delación hereditaria y se perfecciona la constitución de los derechos sucesorios. Pues bien, la función que erige todo ello no puede definirse más que como institucional, y si en este concepto llena la finalidad supletoria del precepto legal, como subsidiario del abintestato, no sabemos qué clase de conveniencias pueden apoyar la idea de abultar todavía más la originaria anomalía del artículo 831 en nuestro ordenamiento jurídico, para enfrentarlo aún a la radical prohibición del 1.057. Siempre será preferible mantener la operancia rigurosa de esta última norma, que tantas razones tiene de acierto, y rehuir, en cambio, la inflación de una figura foránea y tan peligrosa como es la del artículo 831, que además no ha llegado a ocupar lugar en la vida jurídica de las regiones de Derecho común.

Y no hallamos ningún serio inconveniente a nuestra posición en que la verdadera paternidad de la tesis particional que impugnamos radique precisamente en uno de los más calificados elaboradores de la institución, porque aunque la interpretación de GARCÍA GÓYENA

---

(35) Véase pág. 15.

fuera ciertamente opinable, sin quebranto de la sistemática legal, durante la vigencia histórica del Proyecto de 1851, que no reconocía ningún derecho hereditario al viudo, ni lo situaba, por consiguiente, en plano de incompatibilidad para la función divisoria, el cambio provocado por la publicación del Código actual debe instigarnos a la investigación de la verdadera "mens legis" que entrelaza la unidad sistemática de este último ordenamiento, sin servidumbre al criterio cada vez más anticuado de la "mens legislatoris", que en lo que al citado autor se refiere sólo puede predicarse a un cuerpo jurídico diferente y que no ha llegado a tener vigencia legal.

La cuestión acerca de la clase de acto en que el viudo solemnice su función requiere un planteamiento analítico.

Hay una cierta tendencia doctrinal a considerar que el carácter personalísimo del testamento lo hace improcedente para el ejercicio de la facultad del artículo 831. Sin embargo, no parece difícil impugnar esta opinión. El espejismo consiste en circunscribir el régimen personalista al sistema testamentario, cuando no es en él sino aplicación concreta de un principio general a todo orden sucesorio, por testamento o por contrato. El personalismo triunfa como principio innamablemente a todo el sistema sucesorio y no sólo veda la comisión para testar, sino para mejorar "inter vivos". Por eso tiene la doble formulación de los artículos 670 y 830. Pues bien, si lo generalmente prohibido no es solamente testar por otro, sino también encomendar la facultad de mejorar —en cualquiera de las formas de realizarla—, la excepción que el artículo 831 plantea a la más amplia conceptualización del principio no hay por qué entenderla suprimida en una esfera reducida de su aplicación normal, en el ámbito del testamento, imaginando la excepción de una excepción. Igual fuerza y razón tienen las prohibiciones de testar y de mejorar por otro, y la delegación que el artículo 831 autoriza produce el mismo impacto en los dos campos de un único principio, sin que la dualidad de sus formulaciones (los arts. 670 y 830) deba ocultarnos su unicidad fundamental ni permitirnos hacer discriminaciones entre los medios de realización afectados igualmente por el principio que nuestra institución suspende.

Parece acertada la opinión de que el pacto del artículo 831 no confiere al viudo un poder para testar —aunque sólo sea por estarle indudablemente permitida su realización en acto no testamentario—, pero no se nos aparece oposición legal a que la manifestación de voluntad con que cumpla su cometido pueda verse en acto que sea su propio testamento, teniendo en cuenta que esta calificación provendrá de la disposición que en él haga de "sus bienes (propios) o de parte de ellos", por definición del artículo 667, y no de haber elegido la ocasión para cumplir la función distributiva que se le comitió, como para reconocer hijos o deudas, nombrar tutores o autorizar matrimonios. En tal caso, el viudo no testaría por su cónyuge, sino que en su propio testamento, como pudiera efectuarlo en instrumento diferente, vendría a dar expresión o constatación a la decisión tomada sobre la herencia de su esposo fallecido. Las conveniencias de solemnidad y autentici-

dad no se cumplirían de peor manera que en cualquier otro medio, y acaso la naturaleza unilateral del acto testamentario ofrezca las mejores garantías de espontaneidad que tanto cuida la ley en la disposición del causante mismo. Por otra parte, la ordenación simultánea de las herencias de ambos esposos favorecería la armonización de sus disposiciones en orden a la mejor realización del destino propuesto para el patrimonio familiar y, en definitiva, de los fines inspiradores del artículo 831.

Es válida, sin embargo, la objeción (36) de que al realizarse la distribución en el testamento del viudo la publicidad de su resolución habrá de demorarse después de su fallecimiento —salvo que el otorgante la comunique espontáneamente—, por las limitaciones que establece el artículo 226 del Reglamento notarial, pudiendo quedar comprometida la eficacia de la distribución por la actuación de un plazo, que luego estudiaremos, para el ejercicio de la función delegada. No obstante, se trata de un inconveniente de orden práctico.

A la idoneidad del contrato de capitulaciones matrimoniales y del contrato oneroso con tercero para el ejercicio de las facultades comitadas al viudo (37) solamente aplicamos la prevención de que el distribuidor no sujete su decisión a beneficios personales que obtenga del negocio, faltando a la lealtad y a la independencia de su cometido, ni la someta a materia de estipulación, porque el poder comisario implica una función estrictamente personal que no es susceptible de convertirse en objeto negociable, contratando con terceras personas.

Por lo que respecta al contrato capitular, será con frecuencia ocasión muy oportuna para realizar la elección del heredero mayoritario, sucesor calificado en el patrimonio familiar, que es la finalidad esencialísima de la institución que nos ocupa.

Y tampoco hallamos inconveniente a que el viudo cumpla su delegación mediante un acto unilateral “inter vivos”, que, al igual que el testamento, reunirá las mayores garantías de espontaneidad.

#### *Límites cuantitativos a la función del viudo*

La distribución de los bienes del premuerto, en el caso del artículo 831, habrá de llevarse a cabo por el cónyuge sobreviviente “a su prudente arbitrio”, con un margen de libertad que no tiene en la ley otra limitación que el respeto debido a las legítimas y a las mejoras dispuestas en vida por el finado.

No se pone en tela de juicio (38) la facultad omnímoda del viudo para señalar al destinatario o destinatarios del tercio de mejora, con la libre determinación que autoriza al causante el artículo 823.

La opinión general atribuye también al cónyuge supérstite idéntico poder respecto al tercio de libre disposición, y es excepcional el

(36) Vid. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, op. cit., pág. 201.

(37) Consultar la obra y página de la cita anterior.

(38) Parecen estar conformes en ello todos los autores consultados.

parecer de SÁNCHEZ ROMÁN (39). Se inclina este autor por la opinión contraria a la asignación íntegra del tercio de libre disposición, considerando que, aparte de quedar suficientemente satisfechas con el tercio de mejora las preferencias sentidas hacia uno o varios hijos, el significado del verbo "distribuir" sólo puede entenderse cumplido cuando todos ellos, en más o en menos, participen del tercio de libre disposición. Sin embargo, el citado tratadista reconoce que el precepto legal "parece que quiere decir libremente, ya que aquellas palabras (la frase legal: a su prudente arbitrio) no significan medida, tasa ni tipo de distribución, sino fórmula de equidad presumida por la ley en el padre o madre que distribuyen...". A esta consideración puede añadirse, frente a la opinión restrictiva de SÁNCHEZ ROMÁN, el argumento de que la función distributiva se predica (en la ley) respecto de la herencia como totalidad y no particularmente del tercio libre (cuya naturaleza específica se pierde, en el supuesto que nos ocupa, asemejándose su condición jurídica al de mejora, por la exclusión radical de extraños y la potencial distribución desigual entre los hijos). Además, si la distribución de dicho tercio implica, según el sentido usual y gramatical del término, su división en porciones no necesariamente iguales, la falta de límites para cada fracción equivale prácticamente a la posibilidad de una atribución total, porque ningún sentido tendría la prohibición de excluir del tercio libre a algunos hijos, si ciertamente sus participaciones, de ser forzosas, pudieran ser cuantitativamente mínimas, puramente nominales.

La ley no dispuso otra limitación que el respeto a las legítimas y a las mejoras ordenadas por el causante, y fuera de estos límites, la actuación del viudo se realizará "a su prudente arbitrio", en lo que se refiere a los resultados cuantitativos de su distribución.

#### *Del tiempo o plazo en que el viudo deba realizar su encargo*

La excepcional situación de interinidad que se provoca a la herencia causada, mientras pende de cumplimiento la comisión encomendada al viudo, motiva la necesidad de señalar un plazo legal para distribuir y mejorar, a falta del que hubiera podido determinarse en el contrato matrimonial.

La inconveniencia de mantener la indivisión hace aplicables a nuestro caso las mismas razones por las que se aconseja la fijación de un plazo limitado y relativamente corto para el ejercicio de las funciones de albacea y de contador-partidor. Pero en el caso del artículo 831 la situación es aún más extremada y grave, porque, sobre los perjuicios de la indivisión, rige un estado de interinidad en el que están indeterminadas las cuotas, se da una situación imperfecta de comunidad que obstaculiza el comercio jurídico y dificulta la administración de la cosa común, aparte de otras consecuencias de orden procesal y fiscal.

(39) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 2.º, pág. 1221 (2ª ed., Madrid, 1910).

La prolongación de tal estado conduce a la injusticia, favorece la opresión de los hijos bajo la dictadura del cónyuge sobreviviente más allá de cuanto es tolerable y le predispone al abuso de su egoísmo económico y autoritario.

De estas consideraciones nacen, acaso, las más notables censuras que el artículo 831 merece, además de su mácula de origen y de su defectuosa formulación, que ya por sí engendra un sinfín de controversias inacabables.

Tanto MANRESA como MUCIUS SCARVOLO, SÁNCHEZ ROMÁN y SECO CARO (40) declaran aplicables a nuestro supuesto los preceptos observados para el contador-partidor, que son los establecidos para el ejercicio del cargo de albacea (arts. 904 a 906 del Código civil, que fijan el término ordinario en un año, y el extraordinario de dos años, por concesión del Juez o por acuerdo mayoritario de los herederos, o del tiempo que éstos crean necesario, si lo adoptan por unanimidad).

Sólo ALPAÑÉS (41) pretende la aplicación del término hasta que el menor de los hijos alcance la edad de contraer matrimonio. La razón que señala (hacer viable la finalidad del artículo, de conseguir una elección del sucesor en el patrimonio familiar con suficiente fundamento) no puede considerarse de validez general, ni puede citarse norma legal que le dé apoyatura.

Una conclusión es segura: que la prolongación indefinida del poder distributivo significa un gravamen para la legítima. En nuestro caso se impone la misma reflexión que se hizo el Tribunal Supremo en su S. de 8 de febrero de 1892, con ocasión de decidir el plazo aplicable al contador-partidor: "... el artículo 1.057 del Código civil no deroga el principio de que los herederos forzosos deben recibir su porción legítima libremente y sin ningún agravamiento y sin ninguna condición". Y, en general, parecen susceptibles de aplicación al cónyuge delegado según el artículo 831 las razones por las que se extendió a los contadores-partidores el plazo del albaceazgo, expresadas por la S. de 22 de febrero de 1929:

"La omisión en el Código civil de normas que regulen la institución de los contadores-partidores de bienes, no obstante su antigüedad y lo necesario de su existencia, que hasta llegó a ser en la época del poder absoluto un oficio enajenable de la Corona, ha dado lugar a que este Tribunal Supremo, cumpliendo uno de sus principales fines, supla, en lo posible, por medio de sus resoluciones tal silencio, y de ahí que en las S.S. de 24 de febrero de 1905, 5 de febrero de 1908 y 14 de enero de 1913 se haya equiparado, en virtud de la semejanza que guardan, el cargo de contador o comisario con el de albacea, que en lo antiguo fueron uno solo, como lo demuestran las L.s. del tít. 10 de la Partida 6.<sup>a</sup>, especialmente la 2.<sup>a</sup>, que autorizaba a los albaceas para

(40) MANRESA, *op. cit.*, t. VI, pág. 539; M. SCARVOLO, *op. cit.*, página 606; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. VI, v. 2.<sup>a</sup> pág. 1222; SECO CARO, *op. cit.*, págs. 196 y ss.

(41) *Op. cit.*, págs. 320 y ss.

el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y la tercera, que les confería la facultad de pagar ciertos legados, habiéndose hecho también la declaración por el T. S. de que los albaceas son mandatarios del testador, y no de los herederos, siéndoles, por tanto, aplicables los preceptos del C. c. relativos al mandato, según las SS. de 4 de junio de 1895, 24 de febrero de 1905 y 14 de enero de 1913.”

Y más adelante: “Partiendo, pues, de la premisa establecida hay que estimar que los contadores o comisarios, al igual que los albaceas testamentarios, no disponen a su arbitrio de un plazo ilimitado para cumplir los mandatos recibidos del testador, sino, al contrario, que deben hacerlo en el término que les fue señalado por éste como supremo legislador en esta materia, ... o, en su defecto, en el tiempo que les señala el artículo 904 del C. c.”

Coincide con esta doctrina la formulada por la Dirección General de los Registros en su Res. de 13 de noviembre de 1903.

Con palabras terminantes y precisas, la S. del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1908: “El cargo de contador partidior, encomendado por un testador a determinada persona, no constituye una función esencialmente diferente de la de los albaceas, ni se distingue más que por la especialidad del trabajo que se les encomienda, como puede distinguirse entre los albaceas mismos por las limitaciones con que uno y otro sean nombrados, así como, por la inversa, se les confiere a veces conjuntamente aquel encargo, sin que por ello se altere ni modifique el verdadero y único carácter que les presta la confianza del testador para el fin más o menos extenso o restricto del cumplimiento de su voluntad, que en ningún caso puede dejarse al mero arbitrio y discreción del nombrado; por lo que es manifiesto que son aplicables a los contadores-partidores, como a los albaceas, las mismas reglas de funcionamiento, por su igual carácter y representación y por concurrir idéntica razón legal para su aplicación.”

“Mutatis mutandis”, con las mismas razones se fundamenta la acertada opinión de los autores citados que aplican al cónyuge delegado, para la distribución y mejora en la herencia del premuerto, las reglas dictadas para los albaceas por los artículos 904 y ss. del C. c.; advirtiendo que la adopción de este parecer no está ligado a la atribución de facultades particionales al viudo, como si esta tesis, que antes rechazamos, representase la necesaria vía analógica para extender a nuestra institución las reglas del albaceazgo. La semejanza radica en el común carácter de realizadores, cumplidores o ejecutantes del fenómeno sucesorio, con los cometidos varios que corresponden a los ejercientes de cada una de estas figuras, y en la idéntica nati- zación de todos ellos por el origen comisorio de sus facultades, para actuar en nombre del causante, después de su muerte, cuando el patrimonio relicto pasó ya a los herederos y está reclamando la oportuna actuación de los mandatarios para intervenir en una situación que sólo es concebida como provisional y que ellos han de resolver imputándola en su tránsito hacia un estado definitivo, en la forma o medida que a cada uno compete. Si por descartar la función particional

en el viudo distribuidor llegáramos a dudar en la aplicación a éste de las normas cronológicas dictadas para el ejercicio del albaceazgo, habríamos de desecharlas también para el contador, porque las facultades partitivas de éste no concurren en el albacea, y, no obstante, es incontrovertible que les son comunes.

De lo expuesto se sigue que la distribución y mejoras ordenadas después de los plazos referidos han de tenerse por inválidas por haber sido otorgadas fuera del tiempo legal.

La clave para establecer la categoría jurídica de ineficacia de las mismas se deriva de considerar que, una vez transcurrido el plazo de vigencia de los poderes delegados al viudo, el sistema sucesorio legal recobra su plena imperatividad, para aplicarse a la herencia del cónyuge premuerto "ab intestato", los derechos de los hijos comunes quedan automáticamente definidos bajo un régimen igualitario, y cuantas facultades dispositivas sean posibles sobre la herencia se trasladan a la esfera jurídica de los herederos. De tal modo, la declaración posterior que el viudo verifique adolece de la falta del esencial requisito de proceder de los sujetos de la titularidad correspondiente: rige para el caso el concepto jurídico de inexistencia, por carecer totalmente del requisito del consentimiento el acto que el viudo pueda realizar.

Es la misma doctrina de la S. del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1927 —aplicable a este supuesto por la razón analógica referida—, cuando declara:

"Si el testador sólo estableció que durase (el albaceazgo) el tiempo que las leyes lo permitiesen, es evidente que no pudo exceder de dos años, que es el señalado por los artículos 904 y 906, *siendo nulos, por inexistentes*, los contratos que después haya celebrado el albacea."

Y de la misma resolución son las siguientes palabras:

"Terminado el mandato del albacea por transcurso del término legal, es nulo por llevar implícita la invalidez absoluta el contrato celebrado por dicho albacea, *por carecer de facultad para prestar el consentimiento, sin que prescriba la acción de nulidad por el término de los cuatro años que fija el artículo 1.301, que es inaplicable.*"

Aplicable sería, en cambio, la común doctrina de que la inexistencia es perpetua e insubsanable, ni admite prescripción sanatoria.

#### *Irrevocabilidad de los actos de distribución y mejora ordenados por el viudo*

La opinión más general niega al viudo la posibilidad de repetir el ejercicio de su función delegada, teniendo por irrevocable el acto en que la realice una vez.

No hay motivos de discrepancia sobre este particular en cuanto a la actuación formalizada en acto "inter vivos", pero se ha dudado de

si es susceptible de revocación la distribución y mejora ordenadas en testamento (42).

A este respecto, en nuestro Derecho histórico puede tenerse como precedente la ley XXXV de Toro: "El comisario no pueda revocar el testamento queuviere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda después de fecho hacer codicilo aunque sea ad pias causas, aunque reserve en sí el poder para lo revocar, ó para añadir, ó para menguar, ó para hacer codicilo, ó declaración alguna."

Puede menospreciarse el valor orientador de este texto, relativo a la clásica figura del testamento por comisario, por su diversidad de origen y naturaleza con la institución del vigente artículo 831, que tiene sus formas inspiradoras en los Derechos forales. En cuanto a éstos, SECO CARO (43) afirma que "suponen facultades para distribuir irrevocablemente", pero esta consideración genérica no se ajusta al contenido del artículo 29 del Apéndice aragonés, cuyo párrafo segundo sólo priva de revocabilidad a los actos que el viudo (comisario distribuidor) otorgue entre vivos. Y si bien la compilación de Alava y Vizcaya sienta el principio de irrevocabilidad para todo caso, en el párrafo tercero de su artículo 19, el artículo 155 de la Compilación catalana admite, por el contrario, la revocabilidad de la elección y distribución hecha por el viudo en testamento, haciendo triunfar la posición tradicional de la doctrina regional frente a la orientación del Tribunal Supremo, partidario de la irrevocabilidad anteriormente en sus SS. de 29 de enero de 1883 y 17 de febrero de 1894. Y también los artículos 19 y 75 de la Compilación balear dan carácter de revocable a la asignación o distribución hechas por la persona comitada en acto de última voluntad.

Al enfocar la cuestión en el ámbito de nuestro Derecho común, respecto al comentado artículo 831, habremos de volver a considerar la idea antes apuntada de que la actuación del viudo no representa el ejercicio de un poder para testar, sino que el uso del vehículo testamentario para desempeñarla es una mera posibilidad entre los varios medios que se reconocen como idóneos, y la calificación que reciba el acto como testamento dependerá de las disposiciones que el viudo adopte en él sobre su propia herencia, conforme al artículo 667 del Código civil, y no de servirse de aquella ocasión para distribuir el caudal de su esposo premuerto. Por consecuencia, la condición original, revocable o irrevocable, del acto en sí, del acto delegado, debe prevalecer sobre la revocabilidad del instrumento ocasionalmente escogido para publicarlo, que no es el medio necesario y único de realización.

El encargo del viudo se cumple en un acto de distribución y mejora, y no dudamos en opinar que, realizado aquél, se agota en él el contenido del poder conferido, que no tendrá ya ningún medio que lo haga renacer o reencarnar. Su ejercicio lo agota, y sólo un mandato

(42) Consultar página 200 de la citada obra de MENÉNDEZ-VALDÉS.

(43) Op. cit., pág. 206.

expreso de la ley, que no existe, lo podría erigir de nuevo. Compréndase que la revocabilidad de los actos testamentarios del causante es congruente con la operancia futura de los mismos, proyectados hacia adelante a la fecha de la muerte y apertura de la sucesión, pero la actuación delegada del viudo se ejerce sobre una herencia causada de antemano, transmitida ya a los herederos y que sólo está pendiente de una resolución del distribuidor para cerrar el ciclo de todo el fenómeno sucesorio. Por la decisión del viudo adquieren determinación y firmeza los derechos de cada cual en la herencia causada, y esa consolidación de títulos no puede ya desintegrarse por la voluntad unilateral del cónyuge sobreviviente. La falta de una norma legal que lo estatuya esteriliza todo intento de un segundo ejercicio.

