

El artículo 831 del Código civil

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA

ÍNDICE: 1. *Introducción.*–2. *Precedentes inmediatos:* A) Origen del precepto. B) Las sucesivas reformas del artículo 831 CC.–3. *Sobre la interpretación del precepto a la luz de sus antecedentes forales.*–4. *La facultad conferida por el artículo 831 CC.*–5. *Presupuestos.*–6. *Contenido y extensión de la facultad:* A) Actos que comprende la facultad. B) La facultad de utilizar bienes de la comunidad postganancial. C) La posibilidad de nombrar herederos o legatarios.–7. *Forma de ejercicio de la facultad.*–8. *Límites:* A) La distribución de los bienes entre los hijos y descendientes comunes. B) Respeto a la legítima y demás disposiciones del causante. C) Posibilidad de gravar las legítimas con sustitución fideicomisaria a favor del incapaz (arts. 808 y 782 CC).–9. *La facultad de mejorar.*–10. *La facultad de adjudicar y atribuir: adjudicación de la vivienda al hijo o descendiente incapaz (art. 822 CC).*–11. *La facultad de partir:* A) Título de atribución y determinación de las cuotas. B) Equivalencia a la partición realizada por el testador. C) Partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales. D) La colación: D.1) Colación e imputación. D.2) Exención de colación de los gastos realizados para atender a las necesidades del descendiente incapaz.–12. *La adquisición de la propiedad y de la posesión por el favorecido con bienes específicos y determinados.*–13. *Administración y disposición de los bienes componentes del caudal relicto:* A) Administración. B) Disposición.–14. *Rescisión de los actos del cónyuge facultado.*–15. *Preterición de un descendiente no común.*–16. *Preterición de un hijo o descendiente común.*–17. *La facultad de atribuir bienes concretos de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada. El pago de las legítimas con bienes del cónyuge supérstite:* A) Introducción. B) Mejoras, adjudicaciones y atribuciones con bienes de la comunidad postganancial. C) Pago de las legítimas y cumplimiento de disposiciones del causante con cargo al patrimonio del cónyuge facultado.–18. *El plazo.*–19. *Extinción de la facultad.*–20. *Extensión de lo dispuesto en el artículo 831 CC a las parejas no matrimoniales.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, modificó el artículo 831 del CC.

La reforma del citado precepto pasó sin pena ni gloria por el Congreso de los Diputados y por el Senado, como prueba el hecho de que la redacción definitiva es exactamente igual a la que tenía en el Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes¹.

Así suele suceder con las reformas tangenciales del Derecho Sucesorio. Con la Ley 41/2003 se pretende proteger el patrimonio de las personas con discapacidad y, de paso, se reformaron algunos artículos del CC, con la pretensión de conseguir ese objetivo, aunque en nuestro caso lo que se ha logrado realmente es modificar el Derecho Sucesorio, sin beneficio cierto para el incapaz.

Probablemente se ha intentado, además, potenciar el artículo 831 CC, lo que parece ser una constante de nuestros legisladores pues ya se intentó, sin gran éxito, en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Según se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto de la citada Ley de Protección del Patrimonio de las personas con discapacidad, se reforma el artículo 831 del CC al objeto de introducir una figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta manera se concede al testador la posibilidad de conferir al cónyuge sobreviviente la facultad de mejorar y distribuir la herencia del difunto entre los hijos y descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos o descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual de las personas con discapacidad. Además, esta facultad pueden concedérsela los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí².

Sin embargo, el precepto puede ser utilizado por cualquier pareja con descendencia común, tengan o no algún descendiente incapacitado y se puede utilizar tanto para favorecer al incapaz,

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 154-1, 6 de junio de 2003, p. 10.

² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 154-1, 6 de junio de 2003, p. 4.

como para desfavorecerlo, como para dejarlo como hubiera estado si tal norma no hubiera existido o no hubiera sido modificada.

Por otra parte, el intento de posponer el momento de la partición tampoco ha sido logrado del todo, pues si bien el testador puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir (concedido al otro cónyuge), lo cierto es que no habiéndose señalado plazo el cónyuge sobreviviente tan sólo dispone de dos años para ejecutar la facultad conferida.

2. PRECEDENTES INMEDIATOS

A) *Origen del precepto*

El precedente inmediato del precepto se encuentra en el reformado artículo 831 CC, cuya redacción fue dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó la redacción originaria.

El artículo 831 CC tiene su origen en el Proyecto de 1851, en el que se introdujo a fin de mantener y difundir posibilidades semejantes a las concedidas en los derechos forales, de inminente desaparición. Se pensó que salvando esta institución de su desaparición se extenderían sus «felices resultados» a los territorios de Castilla.

García Goyena, al comentar el artículo 663 del citado Proyecto, afirmó: «En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las Provincias de los Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge superviviente, en el caso de haber muerto su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaren de aquel matrimonio, dando a unos más que a otros. Esta facultad era de suma importancia atendida la legislación foral, por la que venía ser nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y la 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 testamentaría. El amor del padre y la 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 los Fueros, esperando que se generalizaran los mismos felices resultados»³.

³ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, reimp. de la ed. de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 107, en su comentario al artículo 673 del Proyecto de Código Civil de 1851.

Se parte, pues, del supuesto de que el cónyuge facultado es la madre, presuponiendo que va a vivir más que el padre, lo cual, efectivamente, suele suceder en la práctica, y que los hijos, existiendo bienes de por medio, son unos descastados, que no observan «la disciplina doméstica».

Sin embargo, el precepto no se utilizó en la práctica, así que no pareció dar los resultados apetecidos. Se pensó que el poco éxito del precepto se debía a que la concesión de la facultad solamente podía hacerse en capitulaciones matrimoniales y éstas habían de realizarse con anterioridad al matrimonio. Como en los territorios de Derecho común no había costumbre de hacer capitulaciones matrimoniales (salvo en lugares muy concretos y aislados) de ahí que la encomienda de facultades al futuro cónyuge, para después del otorgante fuera «letra muerta»⁴.

Permitidas las capitulaciones matrimoniales después del matrimonio, con la reforma del año 1975, se habló de la «nueva importancia del artículo 831», importancia que tampoco tuvo, y como explicación a este fenómeno se dijo que las capitulaciones matrimoniales otorgadas después del matrimonio, por lo general se hacían en situaciones poco propicias para la concesión de la facultad. Por eso la reforma del precepto operada por la Ley 13/1981 admitió que la concesión de la facultad pudiera hacerse en testamento⁵.

El artículo 831 CC se formula como excepción al artículo 830 CC, que configura la facultad de mejorar como personalísima. Pero, al permitir a un cónyuge conferir a otro facultades de atribución y distribución de bienes, e incluso designar herederos y legatarios (en su actual redacción), supone también una excepción a lo dispuesto en los siguientes artículos del CC: *a*) el artículo 670 CC, que prohíbe realizar testamento por medio de comisario o mandatario y determinar las porciones en que haya de suceder el instituido; *b*) el artículo 1057.1, que solamente permite al testador encomendar por actos *inter-vivos* o *mortis causa* «la simple facultad de hacer la partición»⁶.

Las posibilidades que abre el precepto recuerdan al testamento por comisario contemplado en el Derecho Histórico castellano y, más aún, como ya dijimos, en los Derechos Forales⁷.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho Civil V*, nueva ed. revisada y puesta al día por J. RAMS Y ALBESA, Madrid, 2001, *ob. cit.*, p. 481.

⁵ Sobre este particular puede verse: MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, VV. AA., vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1311.

⁶ Y, en su momento, ahora ya no, porque no es posible conceder la facultad en capitulaciones matrimoniales, el artículo 1271 que prohíbe los contratos sobre la herencia futura, excepto aquellos que tengan por objeto la división de un caudal, conforme al artículo 1056 CC.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, ob. cit.*, p. 482.

B) *Las sucesivas reformas del artículo 831 CC*

a) En su redacción originaria la facultad conferida al/a la viudo/a por su difunto consorte se extendía a distribuir los bienes del difunto a su prudente arbitrio y mejorar en ellos a los hijos comunes, con respeto a las legítimas y mejoras hechas en vida por el finado.

Tal facultad solamente podía realizarse en capitulaciones matrimoniales y para el supuesto de morir intestado el cónyuge concedente de la facultad.

Además, las capitulaciones matrimoniales debían otorgarse antes del matrimonio, por lo tanto la concesión de la facultad quedaba condicionada a que el matrimonio efectivamente se realizase.

Se trataba, pues, de evitar la distribución igualitaria de la herencia en el llamamiento legal, mediante un pacto sucesorio prenupcial entre los futuros cónyuges.

Lo que, evidente, está hoy completamente desfasado, recordando los matrimonios de «conveniencia» («choque de tierras»), tal vez necesaria para la supervivencia del grupo familiar en una economía rural y doméstica.

No se señalaba plazo para el ejercicio de la facultad. A falta de establecimiento de un plazo en las propias capitulaciones matrimoniales, la doctrina invocó al respecto las disposiciones del albaceazgo, bien directamente, bien por considerar al cónyuge como contador al que aquellas normas serían de aplicación, con algunos autores discrepantes de tal solución, por considerar, entre otras, que el exiguo plazo del artículo 940 CC no hacía viable la elección fundada⁸.

b) La reforma del CC operada por la Ley 11/1981 tenía por objeto fundamental igualar a los hijos, sin distinción por razón de su filiación, para cumplir con el mandato recogido en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978. Se aprovechó esa circunstancia para modificar algunos artículos en materia sucesoria, tuvieran o no esa finalidad. Entre ellos, le tocó la suerte al artículo que comentamos.

La redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, extiende la posibilidad de conceder la facultad en testamento. Como también se permitía otorgar la facultad en capitulaciones matrimoniales el precepto podía ser utilizado tanto en la sucesión testada como en la intestada.

⁸ Véase, ALPAÑES, E., «La delegación de la facultad de mejorar», *RGLJ*, 1953. pp. 321 y 322.

Además se estableció un plazo, a falta del señalado por el otorgante, que quedó fijado en un año desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación de los hijos comunes.

El plazo legal supletorio se consideró insuficiente.

c) La actual redacción introduce muchas novedades. En cuanto a la forma de otorgamiento, solamente puede hacerse en testamento, ya no es posible conceder la facultad en capitulaciones matrimoniales. Luego, a la inversa de lo que sucedía en la redacción originaria, el ejercicio de la facultad solamente es posible en la sucesión testada o como mucho en la sucesión en parte testada y en parte intestada.

Se pretende resolver los problemas que la doctrina había planteado al comentar el precepto en sus anteriores redacciones, como iremos viendo.

3. **SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES FORALES**

La doctrina señaló el carácter de anómalo y extraño del artículo 831 CC, «cuerpo extraño», introducido en el CC, que por consiguiente debe ser de interpretación restrictiva y excepcional⁹.

Como hemos visto, el origen del precepto está en los Derechos Forales y se ha señalado su analogía con la fiducia sucesoria y la fiducia colectiva aragonesa, las facultades del heredero distribuidor del derecho balear, la facultad de designar y distribuir atribuida al cónyuge supérstite en el derecho catalán, la fiducia sucesoria y la de los fiduciarios-comisarios del derecho navarro, y del comisario del derecho vizcaíno.

Algunos autores indicaron la posibilidad de resolver los problemas que lagunas, oscuridades o insuficiencias del precepto puedan provocar mediante la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a tales instituciones¹⁰.

Sin embargo otros advirtieron que se trata una figura autónoma, aunque sea inequívoca su inspiración foralista, que no constituye una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes,

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, VV. AA., dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ, L. DíEZ-PICAZO y P. SALVADOR CODERCH, T. I, Madrid, 1991, p. 2005.

También, VALLET DE GOYTISOLO, J., en «Comentarios al artículo 1831 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XI, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 405.

¹⁰ Ídem.

cuya afinidad con éstos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos. La distonía del artículo 831 CC respecto a las figuras correspondientes del Derecho Foral, tanto en el aspecto institucional como operativo, produce la fundamental consecuencia de impedir o limitar la interpretación analógica de las soluciones de aquéllas a los problemas planteados por el precepto de Derecho común ¹¹. Falta entre la institución que comentamos y sus precedentes forales la igualdad jurídica esencial para unirlos por el método analógico. Por lo tanto, parece aconsejable ceñirse al ámbito del CC y a los principios de su sistema sucesorio la investigación de soluciones para los problemas que el precepto plantea ¹².

Realmente, la actual redacción del precepto ya no parece estar inspirada en sus antecedentes forales, si bien algunas de las lagunas puedan resolverse acudiendo a las soluciones del Derecho Foral, porque son soluciones que se ocurrieron al legislador o a los Tribunales de Justicia al desarrollar o al interpretar el Derecho Foral. Es decir, a mi criterio, lo que cabe es acudir a los preceptos concretos del Derecho Foral o especiales, para tomar «ideas» que pueden ayudarnos a resolver lagunas, pero no a los «principios generales» que inspiran tales preceptos, entre otras razones porque tales principios no son idénticos para todos ellos, por lo que tendríamos que decantarnos por alguno, lo que parece no tener mucho sentido.

4. LA FACULTAD CONFERIDA POR EL ARTÍCULO 831 CC

El párrafo primero del precepto dice que no obstante la prohibición establecida por el artículo 830 CC de encomendar a otro la facultad de mejorar, podrán conferirse facultades al cónyuge en el testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición, y en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

A pesar de que el precepto se encuentra en sede de mejora tiene un contenido que desborda con creces tal materia, pues el cónyuge

¹¹ DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa (II, Sobre el artículo 831 del Código Civil», *RGLJ*, 1953, p. 880.

¹² DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales...», *ob. cit.*, p. 881.

viudo tiene la facultad de decidir sobre la atribución de dos tercios del caudal. Además, el cónyuge viudo puede decidir sobre el concepto sucesorio.

La intervención de un tercero en la ordenación de la sucesión se puede plantear en el negocio ordenador, es decir en el momento de otorgar testamento o realizar un contrato sucesorio, en cuyo caso se habla de excepción al principio de *personalismo formal*. O, tal intervención se produce por un reenvío a una voluntad ajena al negocio sucesorio (autorizando a una persona para que después de la muerte del causante pueda designar sucesor, establecer la porción de bienes en la que la sucesión ha de tener lugar o decidir sobre la eficacia de las disposiciones del causante), en cuyo caso hablaremos de una quiebra del principio de exigencia de *personalismo material* en la ordenación de la sucesión, puesto que una voluntad extraña va a ordenar la sucesión sin que formalmente intervenga en el acto ordenador¹³. Este último caso es nuestro supuesto.

Se trata de una fiducia limitada a la distribución, dentro de un círculo limitado de personas¹⁴. A juicio de Blasco se trata de una delegación facultad distributiva-partitiva de los bienes del causante, basada en un relación de confianza o fiducia. La ordenación o partición, con asignación de bienes concretos, se someterá a las mismas reglas que la partición hecha por el causante y, en concreto, al artículo 1056 CC¹⁵.

Se ha dicho que requiere como acto genérico una disposición testamentaria (o, en su momento, un pacto en capitulaciones matrimoniales, posibilidad hoy suprimida, como acabamos de ver), relativos a la *sucesión* del cónyuge que premuere; su contenido es fiduciario, pues contiene una *delegación* que abarca la posibilidad de *mejorar*, es decir, de atribuir porciones desiguales a los hijos comunes y la de distribuir, los bienes del difunto, implicando este segundo aspecto un poder particional más amplio que el conferido al contador-partidor conforme al artículo 1057 CC¹⁶.

El/la viudo/a está investido de un poder de configuración jurídica sobre el complejo patrimonial que constituye la herencia del difunto y sus facultades derivan de una declaración de voluntad del premuerto¹⁷.

¹³ ASUA GONZÁLEZ, C. I., Designación..., *ob. cit.*, p. 18.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones...*, *ob. cit.*, p. 354.

¹⁵ BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, VV. AA., coord. por A. M. LÓPEZ, V. L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1999, p. 342.

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *ob. cit.*, p. 406.

¹⁷ ALPAÑES, E., *ob. cit.*, p. 324.

El cónyuge viudo está facultado, pero no obligado por el testador. La anterior redacción decía «podrá ordenarse en testamento o capitulaciones matrimoniales», lo que podía llevar a pensar que se trataba de un mandato, la actual redacción habla de «conferir facultades» por lo que no existe duda sobre el particular.

El encargo del/de la viudo/a se cumple con el acto de mejorar, atribuir o adjudicar, realizado aquél se agota el contenido del poder conferido, que ya no podrá renacer. Por la decisión del/de la viudo/a adquieren determinación y firmeza los derechos de cada cual en la herencia del causante, y esa consolidación de títulos y adquisiciones no puede ya desintegrarse por la voluntad unilateral del cónyuge superviviente

Con la nueva redacción, las facultades distributivas-partitivas se extienden a los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada y a los bienes propios del cónyuge delegado, por lo tanto las facultades de éste son superiores a las del testador.

Todo ello nos hace pensar que el precepto está contemplando una situación que es bastante frecuente en la práctica, en familias bien avenidas: los bienes no se reparten hasta que muere el segundo de los progenitores.

A pesar de ello, si los legitimarios exigen la porción legal que le corresponde en la herencia del premuerto, el progenitor superviviente se la tendrá que abonar, como luego veremos.

5. PRESUPUESTOS

a) Que un cónyuge conceda al otro la facultad en su testamento.

Suprimida la posibilidad de concesión de tal facultad en capitulaciones matrimoniales, la concesión de la facultad es ahora siempre revocable, al ser el testamento esencialmente revocable.

Así, el testamento donde se concede la facultad debe ser el último válido.

Dado que tiene que existir testamento válido, la sucesión del cónyuge premuerto debe ser testada o, por lo menos, en parte testada y en parte intestada, al contrario de lo que sucedía en la primitiva redacción del precepto en que la sucesión debía ser intestada.

b) Que exista matrimonio válido entre el cónyuge concedente y el cónyuge concesionario de la facultad, y que tal matrimonio subsista a la muerte del cónyuge testador.

Si el matrimonio se disolvió por divorcio, se extingue la facultad, porque el testador y el beneficiario de la facultad dejan de ser cónyuges y el superviviente ya no es viudo/a del fallecido.

Tampoco cabe la delegación si el matrimonio fue anulado, aunque el cónyuge facultado sea el «cónyuge de buena fe»¹⁸, los efectos del matrimonio putativo no alcanzan a la delegación.

Puede pensarse que pese a la separación judicial o de hecho subsiste la facultad, porque los cónyuges siguen estando casados entre sí¹⁹. Sin embargo, Blasco opina que una interpretación literal y el silencio del artículo 831 no parecen razones suficientes para fundamentar una respuesta afirmativa; ni siquiera el artículo 834 que mantiene la legítima del cónyuge separado no culpable. El carácter *intuitu personae* de la institución parece quebrarla cuando se pierde la confianza o fiducia en el otro cónyuge (cfr. arts. 102 y 106 CC); por analogía habría que aplicar la misma solución a la separación de hecho²⁰. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón consideran que la separación matrimonial supone revocación del poder concedido (con referencia también a los arts. 102 y 106 CC)²¹.

Estando de acuerdo en lo fundamental con Blasco, considero que si pese a la separación judicial o de hecho el cónyuge concedente de la facultad sigue confiando en el otro, cosa que bien puede suceder, la delegación será válida. La demostración de la confianza puede ser expresa o tácita: expresa si el testador en su testamento dice que pese a la separación concede facultades a su todavía cónyuge; tácita si concede la facultades en su testamento al otro cónyuge después de la separación judicial o de hecho.

Si el cónyuge facultado ha sido justamente desheredado o declarado indigno parece que no reúne las cualidades imprescindibles para el ejercicio de la delegación, por lo tanto también deberá tener la capacidad debida para suceder a su consorte.

c) Que el concedente de la facultad premuera al cónyuge facultado.

La facultad puede concederse recíprocamente por los cónyuges, cada uno en su propio testamento, bien con el mismo contenido o con contenido diferente, en cuyo caso a la muerte de cualquiera de ellos el superviviente será el encargado de ejecutar la fiducia.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones*, ..., *ob. cit.*, p. 354.

¹⁹ En contra, VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. ult., cit.*, p. 2056, quien considera que para la subsistencia de la facultad los cónyuges separados deben haberse reconciliado.

²⁰ BLASCO GACO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, VV. AA., coord. por A. M. LÓPEZ, V. L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1999, p. 340.

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7.ª ed., Madrid, 1997, p. 469.

Si solamente uno de los cónyuges concedió al otro las facultades previstas en el precepto, será el concedente el que tendrá que morir primero, como es obvio, para que el otro pueda ejecutar el encargo.

d) Que sobrevivan al concedente de la facultad varios hijos o descendientes comunes.

No es preciso que los descendientes comunes, a quienes se favorece, sean legitimarios. Así, se podrá mejorar a un nieto en vida de su progenitor o adjudicarle toda o parte de la porción de libre disposición. Por lo tanto, si existe solamente un hijo en común, parece preciso que éste tenga descendencia, para que exista concurrencia, al menos respecto del tercio de mejora, aunque también parece caber la posibilidad de ejercer la facultad a favor de descendientes naceros, por medio de la sustitución fideicomisaria, conforme al artículo 782 CC, dentro de los límites fijados por los artículos 781 y 785 CC²².

Se ha planteado la hipótesis del fallecimiento de algún descendiente común, sin descendientes y sin testamento, después del causante, de cuya sucesión tratamos. En tal caso heredaría el cónyuge la parte de su hijo premuerto. Subrogado el cónyuge en el lugar del hijo, sería inmoral que el cónyuge se atribuyera, a sí mismo, la mayor parte de la herencia. El cónyuge puede mejorar y distribuir la herencia entre los hijos comunes, pero se excluye su actuación respecto de otras personas y, por lo tanto, para sí mismo²³.

e) Que los hijos o descendientes comunes, favorecidos por el cónyuge supérstite, no sean indignos para suceder al causante, ni hayan sido desheredados por éste con justa causa.

f) Cabe la posibilidad de que existan hijos no comunes, en el momento del fallecimiento del testador, que sean descendientes de éste.

g) Que el cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias o mantenga o relación de hecho análoga a la conyugal o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Naturalmente, si el cónyuge sobreviviente hubiera ejercitado la facultad antes de contraer nuevas nupcias o vivir de hecho en relación análoga a la conyugal o tener un hijo después de la apertura de la sucesión, no se invalidarán los actos realizados, pues se trata de

²² VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. ult. cit.*, p. 2056.

²³ DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, pp. 893 y 894.

un hecho posterior que no puede producir efectos invalidantes retroactivamente.

También es posible que existan hijos del cónyuge facultado, no comunes con el testador, que hayan nacido antes de la apertura de la sucesión, pues esta circunstancia no impide el ejercicio de las facultades conferidas. Los hijos del cónyuge facultado, que no lo sean del testador, no tienen ninguna participación en la herencia de éste, salvo que el testador haya efectuado alguna disposición en su favor, con cargo a la porción libre.

6. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA FACULTAD

A) *Actos que comprende la facultad*

La facultad comprende la posibilidad de:

- a) Mejorar incluso con cargo al tercio de libre disposición.
- b) Adjudicar y atribuir por cualquier título o concepto sucesorio.
- c) Partir.

El testador puede conceder al cónyuge todas las facultades o alguna de ellas. La facultad se ejercerá dentro de los límites previstos en el testamento y respetando sus disposiciones.

La comisión del cónyuge premuerto habilita al sobreviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios y, de otra, señalar los bienes que deben integrar cada cuota²⁴

Para encontrar alguna diferencia entre «adjudicar» que es un acto particional y «partir», puede entenderse que adjudicar se refiere a bienes concretos, de la herencia, sin realizar una partición completa del haber relicto y la posibilidad de «partir» se refiere al reparto completo de la herencia, adjudicando todos los bienes, completando el pago de las correspondientes cuotas.

Según Vallet de expresarse solamente que se concede la facultad de distribuir debe entenderse comprendida la facultad de mejorar, a menos que ésta haya sido expresamente excluida o si el causante la hubiera agotado²⁵.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., Sucesiones..., *ob. cit.*, p. 354.

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario...», en *Comentario al Código Civil*, Edersa, *ob. cit.*, p. 2056.

También en el mismo autor en «Comentario...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *ob. cit.*, p. 412.

B) *La facultad de utilizar bienes de la comunidad postganancial*

El artículo termina el párrafo donde describe las facultades del cónyuge añadiendo la siguiente frase «incluidos bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

Cabe preguntarse si tal posibilidad se extiende a todas las facultades o se limita al supuesto de concesión de la facultad de partir.

Del análisis conjunto del precepto me inclino a pensar que cabe tal posibilidad en todos los casos. Es decir, se podrá mejorar con cargo a bienes de la comunidad postganancial y atribuir o adjudicar bienes de tal comunidad y proceder al reparto conjunto de los bienes privativos del difunto y de los bienes de la sociedad conyugal, extinta y no liquidada, con los problemas que después veremos.

C) *La posibilidad de nombrar herederos o legatarios*

El artículo 831 CC afirma que el cónyuge delegado podrá ejercitar las facultades concedidas «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones».

El «título o concepto sucesorio» debe referirse a los conceptos de heredero o legatario. No parece existir otro «título sucesorio».

No aclara el precepto si el «título o concepto sucesorio» debe establecerse por el testador, limitándose su cónyuge a adjudicar o atribuir bienes, de acuerdo con título previamente señalado o si podrá el cónyuge facultado instituir herederos o legatarios, con respeto a los nombramientos efectuados por el causante.

Esta última interpretación parece ser más acorde con el sentido literal de la frase y con el análisis conjunto del precepto.

De ser así, el heredero podrá ser instituido por el cónyuge facultado como heredero puro y simple, bajo condición, término o modo, heredero fiduciario y heredero fideicomisario..., de igual modo podrá proceder en el nombramiento de legatarios.

Mientras no se realicen los nombramientos, ni los luego nombrados herederos o legatarios podrán aceptar o repudiar la herencia (cfr. art. 991 CC). Los efectos de tales nombramientos se retrotraerán al momento de la muerte del cónyuge difunto, una vez que los instituidos acepten la herencia (cfr. art. 989 CC).

Además, el «título o concepto sucesorio» debe referirse a la herencia del difunto, pues tendría muy poco sentido realizar varios actos en «concepto sucesorio» ya sean simultáneos o sucesivos, referido a la propia herencia del cónyuge facultado aunque solamente sea porque, en tal caso, van a tener efectos todos a la vez: en el momento de la muerte del cónyuge disponente.

7. FORMA DE EJERCICIO DE LA FACULTAD

La distribución puede hacerse en instrumento *inter-vivos* en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Así, por ejemplo, el fiduciario asigna un bien concreto a un descendiente en concepto de mejora, sin distribuir todavía el resto²⁶.

El acto puede ser de adjudicación de bienes concretos o de simple asignación de cuotas para que luego se repartan los bienes entre los favorecidos.

No parece que el cónyuge pueda hacer donaciones, en sentido propio, con los bienes del difunto, que se recibirán siempre por título sucesorio, aunque la asignación se haga por actos *inter-vivos*²⁷.

Deberán constar en escritura pública las adjudicaciones relativas a bienes inmuebles, si se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del adjudicatario. De todos modos, es posible que se deniegue la inscripción si no dan su conformidad a la adjudicación los herederos y los legitimarios, sean o no herederos, pues en otro caso el Registrador no podrá saber si se han respetado las legítimas y demás disposiciones del causante.

También parece que el fiduciario podrá ejercitar la facultad conferida en su propio testamento, posponiendo hasta el momento de su muerte el reparto de la herencia del difunto, con respeto a las legítimas, como luego veremos.

En el caso de ejercicio de la facultad en testamento, debe considerarse revocable durante toda la vida del fiduciario.

Por otra parte, el nombramiento de herederos en «actos sucesivos» no es convincente. En efecto, si existen deudas, todos los herederos responden incluso con su propio patrimonio, salvo aceptación a beneficio de inventario, no parece justo cargar al heredero nombrado en primer lugar con el pago de las deudas, cosa que puede suceder si los nombramientos se hacen en actos sucesivos y distantes en el tiempo.

Además, si el cónyuge se retrasa en el nombramiento de herederos y existen deudas, los acreedores no están obligados a esperar para cobrar. Ciertamente podrán demandar a la «herencia yacente y los herederos presuntos», pero también podrán instar en juicio al cónyuge para que nombre herederos y manifiesten si aceptan o repudian, por aplicación analógica del artículo 1005 CC.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones...*, ob. cit., p. 355.

²⁷ Ídem.

8. LÍMITES

A) *La distribución de los bienes entre los hijos y descendientes comunes*

Como afirma Blasco, se trata de un límite subjetivo o personal²⁸.

Vigente la anterior redacción se suscitó la duda de si podían ser mejorados los nietos, dado que el precepto hablaba solamente de hijos. La duda está resuelta y hoy está muy claro que el cónyuge delegado puede mejorar y atribuir bienes a sus nietos, con cargo al tercio de mejora y al de libre disposición, por tanto es posible que los nietos o alguno de ellos reciban dos tercios de la herencia.

También se discutió en la doctrina si el precepto sería de aplicación existiendo hijos o descendientes del causante no comunes²⁹. La duda también ha sido resuelta en la actual redacción que se ocupa de los descendientes no comunes en el número 4 del artículo 831 CC.

En definitiva, la existencia de descendientes no comunes no impide la aplicación del precepto. Ahora bien, está claro que el cónyuge delegado no puede mejorar a esos descendientes que lo son únicamente del testador (obviamente legitimarios de éste), pero tampoco parece equitativo que el supérstite pueda, en perjuicio de éstos, mejorar solamente a los hijos comunes.

La solución consiste, a mi criterio, en respetar la legítima larga de los descendientes no comunes, con lo cual le queda al cónyuge viudo la posibilidad de disponer de la parte del tercio de mejora correspondiente a los hijos o descendientes comunes y de la parte del tercio de libre disposición no utilizado por el testador, con lo cual la injusticia respecto de los descendientes no comunes puede producirse por cuanto el cónyuge delegado no puede atribuir a los descendientes no comunes bienes con cargo al tercio libre, salvo que el testador ordene el reparto igualitario del tercio libre o realice alguna disposición con cargo a ese tercio a favor del descendiente no común. También puede pensarse que si el testador, conociendo la existencia de descendientes no comunes, no dispuso de una parte del tercio libre a favor de éstos y concedió al cónyuge las facultades previstas en el artículo 831 CC, es porque no quería dejar a sus descendientes no comunes ninguna parte de tal tercio.

²⁸ Por todos, BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 341.

²⁹ Por ejemplo, LACRUZ opinó que no parece que quepa mejorar a los nietos, en *Sucesiones...*, *ob. cit.*, p. 484; en cambio DÍEZ-PICAZO y GULLÓN estimaron que el artículo 831 no significaba una alteración de la regulación de las mejoras, pues tan comunes pueden ser aquellos descendientes como los hijos, en *Sistema...*, *ob. cit.*, p. 469.

Puede verse también, por todos los demás, VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, p. 420.

B) *Respeto a la legítima y demás disposiciones del causante*

El número 3 del artículo 831 afirma que «el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, debe respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos».

Se trata de un límite objetivo, que restringe la delegación a los bienes de los que no haya dispuesto el causante en su testamento, siempre con respeto a las legítimas³⁰.

Cabe preguntarse si el cónyuge sobreviviente, por sí sólo, podrá prescindir de las disposiciones testamentarias inoficiosas y redistribuir las legítimas entre los herederos forzosos. Considero que no. Para poder proceder a esa redistribución se necesitará el consentimiento de los afectados (que podrán ser los descendientes comunes u otros herederos o legatarios), caso de no obtenerlo, serán los legitimarios perjudicados quienes podrán solicitar la reducción.

La redacción del precepto se ocupa solamente de las legítimas estrictas de los descendientes comunes y disposiciones del testador a favor de éstos, lo cual no puede significar que el delegado pueda dejar de respetar las legítimas estrictas de los descendientes no comunes o de las disposiciones del testador a favor de quien estime conveniente, siempre que no sean inoficiosas.

A pesar de que el precepto ordena respetar exclusivamente la legítima estricta, puede pensarse que si el testador no ha conferido al/a la viudo/a la facultad de mejorar, deberá respetar la legítima larga de los descendientes o, cuando menos, la legítima larga de los descendientes no comunes, aunque me inclino por el respeto a la legítima larga de todos los descendientes.

C) *Posibilidad de gravar las legítimas con sustitución fideicomisaria a favor del incapaz (arts. 808 y 782 CC)*

También hemos de tener en cuenta las reformas introducidas por la propia Ley 41/2003, de 1 de noviembre, en los artículos 808 y 782 CC, que permite al testador gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

³⁰ BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 341.

Para gravar la legítima se requiere que el hijo o descendiente haya sido declarado incapaz por sentencia judicial firme, sin que baste que tenga cualquier tipo de minusvalía.

Aunque tal posibilidad se concede al testador, considero que puede extenderse al cónyuge facultado por éste para distribuir la herencia.

Cabe preguntarse si el cónyuge fiduciario podrá gravar con este fideicomiso a favor del descendiente incapaz la legítima estricta de los hijos no comunes, si existieran.

El artículo 831 CC limita la concesión de la facultad a las mejoras, adjudicaciones y atribuciones a favor de los hijos comunes. Así, parece que si bien el testador puede gravar la legítima de cualquiera de sus hijos o de todos a favor del incapaz, el/la viudo/a facultado por el testador solamente podrá gravar la legítima de los hijos comunes, a favor de su hermano/a judicialmente incapacitado, que también deberá ser común.

Ello no obsta para que el causante, que haya constituido en su testamento un fideicomiso a favor de un hijo o descendiente, sea o no común, gravando la legítima estricta de todos sus descendientes, sean o no comunes o de alguno de ellos, sea o no común, faculte a su cónyuge para que adjudique al fideicomiso los bienes que estime conveniente.

Estas adjudicaciones, para cubrir la cuota del fiduciario incapaz, deberán contar con la aprobación del defensor judicial, si el cónyuge viudo estuviera interesado en la herencia.

Después, para el ejercicio de los derechos y deberes que derivan del fideicomiso, probablemente el/la viudo/a representará al incapaz, pues en un orden normal de previsiones habrá sido nombrado tutor (cfr. art. 234.1 CC) o ejercerá la patria potestad prorrogada o rehabilitada (cfr. arts. 201 y 171 CC).

9. LA FACULTAD DE MEJORAR

El testador puede conceder a su cónyuge la facultad de mejorar a los hijos o descendientes comunes «incluso con cargo al tercio de libre disposición».

Mientras estuvo vigente la redacción del precepto que no hacía mención expresa a la posibilidad de mejorar a los nietos y descendientes de ulterior grado, la doctrina discutió sobre este particular. Algunos autores se mostraron a favor mientras que otros mantenían que el cónyuge sobreviviente debía distribuir el tercio libre

por igual entre «los hijos comunes»³¹. La nueva redacción ha zanjado la discusión.

La posibilidad de «mejorar» con cargo al tercio de libre disposición es una novedad de esta última reforma del artículo 1831 CC.

Ahora bien, «las mejoras con cargo al tercio de libre disposición» no son en rigor «mejora», aunque efectivamente cualquier disposición a favor de uno o alguno de los hijos o descendientes, con cargo a al tercio de libre disposición, suponga un incremento de su porción hereditaria, que le «mejora» en relación con los hijos o descendientes que no reciben nada de esa porción o que reciben menos.

Pero, una cosa es «mejorar» en sentido estricto y otra distinta es proporcionar una ventaja patrimonial con cargo al tercio de libre disposición.

La mejora es parte de la legítima de los hijos y demás descendientes (en su caso), por lo tanto, cualquier mejora con cargo al tercio correspondiente de la legítima larga disminuye la porción que por legítima corresponde a los descendientes no mejorados, cosa que no sucede si se dispone de todo o una parte del tercio de libre. La cuestión no es intrascendente, pues si la «mejora» se hace con cargo al tercio de libre disposición, los restantes descendientes, que sean herederos forzosos, recibirán la parte que les corresponde del tercio que hubiera podido ser empleado para mejorar, en concepto de legítima, es decir libre de toda carga o gravamen y exigible de inmediato con cargo a bienes concretos del caudal relicto, dada la intangibilidad cualitativa de la legítima.

10. LA FACULTAD DE ADJUDICAR Y ATRIBUIR: ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL HIJO O DESCENDIENTE INCAPAZ (art. 822 CC)

La atribución y adjudicación son actos particionales, que pueden quedar sin contenido por la sola voluntad del delegante (que sería una revocación tácita) si agota las posibilidades distributivas del/de la viudo/a mediante disposiciones patrimoniales *mortis causa*³².

En el uso de esta facultad, el cónyuge fiduciario podrá atribuir al hijo o descendiente incapaz un derecho de habitación sobre la

³¹ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario...», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 415.

³² BLASCO GASCO, F. de P., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 342.

vivienda habitual que no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella, según lo dispuesto en el nuevo artículo 822 CC, en la redacción dada por la citada Ley 41/2003.

La exclusión del cómputo de las legítimas significa que este derecho no se imputará a ninguno de los tercios en los que se divide idealmente la herencia cuando existen hijos o descendientes legitimarios del causante, como veremos luego.

Este derecho podrá ser atribuido, incluso, por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente.

En este caso, el fiduciario, al hacer atribuciones y adjudicaciones, tendrá que respetar el derecho del discapacitado. En definitiva, si el discapacitado lo necesita, el fiduciario tendrá que conceder al descendiente legitimario del causante, aunque no sea común, un derecho de habitación.

Todo ello sin perjuicio de que en la disolución de la sociedad de gananciales el/la viudo/a tenga derecho a la adjudicación preferente de la vivienda donde tuviese su residencia habitual, según dispone el artículo 1406.4.º CC, que el artículo 822 ordena respetar.

El/la viudo/a podrá pedir, a su elección, que se le atribuya la vivienda en propiedad o que se constituya sobre la misma un derecho de uso o habitación, según dispone el artículo 1407 CC, que también ordena respetar el artículo 822 CC.

En ambos casos, es decir tanto si el cónyuge fiduciario opta por la propiedad como si opta por un derecho de uso o habitación, concurrirá con el discapacitado en el uso de la vivienda, como será lo normal si el discapacitado es descendiente común.

11. LA FACULTAD DE PARTIR

A) Título de atribución y determinación de cuotas

El título de atribución y las correspondientes cuotas de participación en la herencia deben ser concretadas antes de la partición. Es decir, si el cónyuge está facultado para nombrar herederos o legatarios, deberá efectuar los nombramientos y establecer las cuotas de cada uno de los hijos comunes como paso previo a la partición.

B) *Equivalencia a la partición realizada por el testador*

Se ha dicho que las facultades particionales del cónyuge viudo son superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador.

Como explicó en su día Lacruz, la comisión del cónyuge premuerto habilita al superviviente para, de una parte, fijar el *quatum* de la cuota sucesoria de cada uno de los descendientes, sin más límites que las legítimas y las disposiciones del causante; de otra señalar los bienes que deben integrar cada cuota; sin duda puede limitarse a lo uno o a lo otro. En cualquier caso es más que un contador-partidor, por cuanto ocupa el lugar del propio disponente, al señalar las cuotas de los descendientes y así la partición realizada por él debe considerarse como una partición hecha por el testador, con aplicación del artículo 1056 y sometida a las mismas reglas³³.

No obstante, sus facultades particionales son incluso superiores a las del testador, pues puede utilizar bienes de la comunidad postganancial para conformar los lotes y, además, incluso parece que, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo.

C) *Partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales*

Existiendo sociedad de gananciales u otra forma de comunidad de bienes entre los cónyuges, su liquidación es paso previo para la partición de la herencia. Hasta entonces no sabemos ni cuantos ni cuales de los bienes del consorcio que se atribuirán a la herencia del difunto.

La posibilidad de que el cónyuge fiduciario pueda utilizar bienes de la sociedad conyugal disuelta y que esté sin liquidar nos puede llevar a pensar que está facultado para liquidar en solitario esa sociedad. Si así fuera, antes de partir la herencia del difunto, el cónyuge viudo podría adjudicarse a sí mismo bienes de la sociedad de gananciales. Después de liquidar la sociedad de gananciales, en la partición de la herencia, podría concretar los bienes sobre los que recaerá su usufructo, ya que las facultades conferidas no le privan de su cuota legal (y eso como mínimo pues el causante ha podido dejarle más de lo que por legítima le corresponde). Esa concreción podría hacerla incluso de forma indirecta, pues dado

³³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., vol. V, Barcelona, 1988, p. 484.

que su usufructo recae sobre el tercio de mejora, le bastaría con adjudicar en ese concepto los bienes que le interese usufructuar.

Se daría así la circunstancia de que en el cónyuge viudo confluirían las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador. Todo ello resulta excesivo.

Existiendo algún hijo no común, favorecidos por el testador, el precepto dice que el cónyuge que no sea pariente el línea recta de tal tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a las facultades conferidas, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a las legítimas o disposiciones del causante.

A *contrario sensu*, cuando no se den estas circunstancias el cónyuge fiduciario no representará a sus hijos comunes, por lo que tendrá que contar con éstos, si fueran mayores de edad, para liquidar la sociedad de gananciales e incluso cabe pensar que tendrán que dar su aprobación a las operaciones de partición de la herencia.

Desde luego, si existen hijos menores, el cónyuge fiduciario será su representante legal, por lo que no podrá proceder a la liquidación de la sociedad conyugal ni a la partición de la herencia sin nombrar un defensor judicial, pues a esa solución conduce la doctrina que fluye del artículo 1057 CC, como bien dice el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de Aragón de 3 de octubre de 1989, que si bien está referido al Derecho Foral de esa Comunidad Autónoma es aplicable a nuestro supuesto.

D) *La colación*

D.1) Colación e imputación.

La colación es una operación particional típica, que deberá realizarse cuando concurren a la sucesión varios herederos forzosos, que parece ser nuestra hipótesis.

La colación, en sede de partición hereditaria, es la agregación contable a la masa hereditaria de los bienes donados por el causante a sus «herederos forzosos», para que «tomen de menos» del caudal, lo que ya habían recibido en vida del causante.

Según Vallet computación, imputación y reducción de una parte, y colación de otra, son operaciones independientes y sucesivas.

Por el contrario, considero que dichas operaciones están todas relacionadas entre sí. Se debe «colacionar» porque las donaciones se han computado a efectos del cálculo de las legítimas y, como se

han computado, se deben imputar a cada uno de las porciones en que idealmente se divide la herencia cuando existen legitimarios.

En primer lugar, el artículo 818 CC trata de la colación a efectos del cálculo de las legítimas. Para calcular las legítimas tomamos el activo neto del caudal relicto y le añadimos todas las donaciones efectuadas en vida por el causante. Evidentemente, si al valor del activo hereditario neto le añadimos el valor de las donaciones, la suma resultante excederá del haber partible, en consecuencia no habrá en el caudal relicto bienes bastantes para pagar a todos los legitimarios y cumplir las disposiciones no inoficiosas del causante con cargo a la parte libre, salvo que imputemos las donaciones a la porción correspondiente. Por lo tanto, antes de cubrir la cuota de cada heredero y de cada legitimario, sea o no heredero, debemos imputar las donaciones a la legítima, parte libre y, en su caso, a la mejora.

En suma, debemos imputar las donaciones porque las hemos computado y, luego, el afectado «tomará de menos» de la masa hereditaria lo que ya hemos imputado a su cuota.

Como dice Lacruz la colación es una operación que sirve para el cálculo de las legítimas y para contar en la partición como un anticipo de lo donado a los legitimarios por el causante, que se realiza por imputación³⁴.

La colación se realiza por imputación, es decir se imputa contablemente en el lote correspondiente a cada coheredero, para completar después su cuota con bienes concretos del haber hereditario.

Se dice que para estar obligado a colacionar es preciso haber sido llamado como heredero, porque supone un anticipo de la cuota hereditaria. Pero, este criterio no resulta trascendente, pues el legitimario, aunque sea llamado a título de legatario, tiene derecho a una cuota de la herencia.

Otra cosa es que los legitimarios legatarios no deban «colacionar», es decir traer a la masa el valor de los objetos legados, puesto que ya están en la masa, aunque deban imputarse a su legítima.

El artículo 1037 CC, que afirma no estar sujetos a colación los bienes dejados en testamento (salvo voluntad en contra del testador) porque es de lógica común: no es de buen sentido agregar contablemente a la masa hereditaria el valor de los bienes que forman parte de esa masa y que, lógicamente, tenemos que valorar para realizar las operaciones contables.

Cabe pensar que el precepto quiere decir que lo dejado a título singular por el testador a un legitimario se imputará a la parte de

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Sucesiones*, ed. revisada por J. RAMS ALBESA, *ob. cit.*, pp. 139 y 142.

libre disposición y, si no cabe en ese tercio, el exceso se imputará al tercio de mejora, lo cual coincide lo establecido en el artículo 828 CC que trata de la imputación de legados, afirmando que no se reputarán mejora salvo que el testador declare expresamente ser ésta su voluntad o no quepan en la parte libre. Todo ello significaría que las atribuciones testamentarias de bienes o derechos concretos significan un «extra» sobre la legítima para el legitimario favorecido.

Dados sus antecedentes, el artículo 828 CC parece partir de la hipótesis de un prelegado, que se recibe además de la institución (en la que se entiende incluida la legítima del instituido) por lo cual se imputa a la parte de libre disposición y, si no cabe en ella, a la mejora, es decir a las porciones en las que el testador puede desigualar a sus descendientes legitimarios³⁵.

Ahora bien, actualmente, según opina la doctrina mayoritaria, el legitimario no tiene por qué recibir su legítima a título de herencia, bien puede suceder que el legado no sea un prelegado y que, por tanto, su legítima no esté cubierta con el contenido de la institución de heredero.

Así, la mejor doctrina, o al menos buena parte de ella, opina que los legados realizados a favor de los legitimarios, sin orden de imputación, deben imputarse en primer lugar a la legítima, cuando no esté cubierta por otra distinta atribución patrimonial en cuyo caso, aunque no deba traer exactamente «a colación» el bien legado, a efectos prácticos se consigue el mismo resultado, pues el legitimario legatario «tomará de menos» de la masa hereditaria lo que ya recibió en concepto de legado. Como afirman Díez-Picazo y Gullón, cuando el testador no haya dejado al legitimario su cuota legitimaria expresamente (a título de herencia o legado), si entendemos que el legado debe imputarse en primer lugar a la parte libre, habría preterición, pues el testador no ha dispuesto a favor del legitimario de la cuota que legalmente le corresponde. Sin embargo, si el testador favorece a su legitimario con un legado, no hay preterición, puesto que lo ha recordado en su testamento y ha realizado una atribución patrimonial en su favor (precisamente el supuesto de preterición del art. 814 CC es el opuesto)³⁶. El legatario no se considerará preterido y en todo caso podrá pedir el complemento de su legítima (cfr. art. 815 CC).

En consecuencia, el cónyuge facultado por el testador, a la hora de efectuar el pago de las legítimas y componer las cuotas de los descendientes, deberá realizar las correspondientes imputaciones,

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 828 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, *ob. cit.*, p. 2046.

³⁶ DÍAZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 476.

teniendo en cuenta las donaciones y legados realizadas por el causante y sus propias atribuciones. Si procede al reparto conjunto de sus bienes y los del causante, tendrá también que tener en cuenta las donaciones que él mismo haya efectuado a favor de los descendientes comunes.

D.2) Exención de colación de los gastos realizados para atender a las necesidades del descendiente incapaz.

Según dispone el párrafo segundo del artículo 1041 CC, añadido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con incapacidad.

La exención de colación afecta tanto a los hijos o descendientes comunes como a los no comunes. No es preciso que exista declaración judicial de incapacidad.

Cabe preguntarse si la exención de colación significa imputación al tercio de libre disposición o exención de cómputo para el cálculo de las legítimas, en cuyo caso el incapaz podría recibir íntegra su legítima estricta, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, sin imputación a ninguno de los tercios de los gastos a los que hemos referido.

La exención de colación de los artículos 1036, 1037 y 1042 CC se refiere a donaciones, disposiciones testamentarias o gastos que son computables a efectos del cálculo de las legítimas, puesto que no pueden perjudicarlas, e imputables al tercio de libre disposición, que se imputarán a la legítima del favorecido en cuanto excedan de la parte de la que podía libremente disponer el causante y si aún así perjudican la legítima de los restantes herederos forzosos se reducirán por inoficiosas³⁷.

En cambio, los gastos exentos de colación del artículo 1041 CC no son computables a efectos del cálculo de las legítimas y por lo tanto no son imputables a alguno de los tercios, suponen una

³⁷ SARMIENTO RAMOS, J., «Comentario al artículo 1042 CC», en *Comentario...*, Ministerio de Justicia, T. I, *ob. cit.*, pp. 2450 y 2451, ha sostenido que los gastos exentos de colación del artículo 1042 CC no son computables en el sentido propio de la palabra, no habrán de tenerse en cuenta para el cálculo del tercio de libre disposición, sino que las cosas ocurrirán del siguiente modo: habrá una primera fase de determinación de los tercios en la que se tendrá en cuenta el haber hereditario neto y las donaciones computables, con exclusión de los gastos previstos en el artículo 1042 CC y una segunda fase en la que a los dos tercios de legítima así obtenidos se añadirán dichos gastos, los cuales tendrán la consideración de dispensados de colación y se imputarán a la mejora.

No lo creo así, porque la mejora es parte de la legítima, mientras el testador no disponga expresamente de una parte de los dos tercios en concepto de mejora. La exención de colación no puede significar imputación a la legítima, aunque sea a la legítima larga, se trata de «extra» a la legítima.

atribución extraordinaria que no podrá considerarse inoficiosa, siempre que tales gastos sean los previstos en el precepto. Obedece la exclusión a que no se trata de auténticas liberalidades sino del cumplimiento de deberes impuestos por la relación jurídico familiar o por el uso social.

Además, la nueva redacción del artículo 822 CC, operada por la citada Ley 41/2003, se refiere al legado o donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a favor del incapaz, y dice que «no se computará para el cálculo de las legítimas», lo que significa, indirectamente, que no se imputará a ninguno de los tercios en los que idealmente se divide la herencia, en el caso de existir descendientes del causante, como ya dije. Es una atribución basada en la necesidad del incapaz, que no se considera, exactamente, como una liberalidad.

12. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN POR EL FAVORECIDO CON BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS

El párrafo cuarto del artículo, objeto de análisis, dice: «Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa».

Hemos de concluir, por tanto, que las disposiciones del cónyuge sobre los bienes del difunto tienen el carácter de adjudicaciones particionales, que atribuyen al favorecido la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados.

No obstante, si se trata de inmuebles, el adjudicatario no podrá inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre sin el consentimiento de los herederos y de los legitimarios, sean o no herederos, pues mientras no se realice la partición completa de la herencia no puede saberse si el cónyuge adjudicante ha respetado las legítimas y disposiciones del causante.

Por otra parte, el adjudicatario se encuentra favorecido por una especie de posesión civilísima que no necesita aprehensión material de los bienes adjudicados y que el artículo 440 CC reserva a los herederos. En el supuesto que estamos encarando, parece que para adquirir la posesión de los bienes adjudicados no hace falta adquirirlo a título de herencia. Si el adjudicatario es legatario, adquirirá también la posesión civilísima de los bienes adjudicados por su padre o madre viudo o viuda, posesión que dejará de ostentar el heredero.

La posesión se adquirirá «*ipso iure*», por el solo hecho de la aceptación de la disposición del cónyuge fiduciario y se retrotraerá al momento de la muerte del causante, lo que puede chocar con la situación de hecho, dando lugar a la concurrencia de posesiones. En tal caso, si se trata de posesiones en concepto distinto, no hay contradicción. Si se trata de posesiones en el mismo concepto y este concepto es el dueño, el poseedor material estará usucapiendo y se alzarán con el dominio, salvo que el descendiente adjudicatario del bien en cuestión utilice los mecanismos legales para recuperar la posesión material.

Esta disposición del artículo 831 CC relativa a la posesión debe relacionarse también con lo dispuesto en el artículo 442 CC, relativo a la adquisición de la posesión por título hereditario.

Es opinión común que el precepto se refiere a la sucesión en la posesión a título de heredero, pues nos hallamos ante un supuesto de *successio possessionis*, que tiene lugar en la sucesión *mortis causa* a favor de quien sucede al poseedor a título universal. En el caso del legatario se da una *accessio possessionis*, que si bien trae causa del causante, aparece como una nueva posesión, que puede ser unida a la del causante a efectos de usucapión como recoge el artículo 1960.1.º CC.

En nuestro caso la sucesión en la posesión habrá de referirse también a la sucesión a título de legado pues el adjudicatario de los bienes hereditarios, que adquiere la posesión civilísima y no puede recibir una posesión distinta de la que ostentaba el causante, sin que se le puedan atribuir las consecuencias de la posesión viciosa, por el hecho de que sea legatario en vez de heredero.

Como se ha dicho, la adquisición de la posesión civilísima actúa como elemento purificador de la mala fe del causante pues el que suceda en la posesión no sufrirá las consecuencias de ésta, siempre y cuando ignore que la posesión adquirida adolecía de vicios que invalidaban el título o modo de adquirir³⁸.

13. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES COMPONENTES DEL CAUDAL RELICTO

A) Administración

El párrafo quinto del artículo afirma que corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades de mejora, atribución y adjudicación.

³⁸ COCA PAYERAS, M, «Comentario al artículo 442 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. I, pp. 1192 y 1193.

Por lo tanto habremos de saber, en primer lugar, cuáles son los bienes sobre los que recae tal facultad, lo cual no será fácil de resolver, salvo que el testador haya concedido al cónyuge facultades sobre todos los bienes de la herencia o haya separado bienes concretos para adjudicárselos a alguno de los coherederos, en pago total o parcial de su cuota, concediendo al cónyuge sobreviviente las facultades antedichas sobre todos los demás bienes o le haya conferido la facultad exclusivamente sobre determinados bienes y/o derechos.

La parte de la herencia de la que no dispuso el testador irá a parar a los hijos o descendientes comunes. Todos son posibles beneficiarios, aunque con participaciones indeterminadas; su incertidumbre afecta tanto al hecho de ser nombrado heredero o legatario como al *quantum* de la designación. Es una situación de «expectativa jurídica» y que debe calificarse como situación jurídica interina, y dentro de ella «de pendencia», es decir, una situación de protección interina, a favor de sujetos transitoriamente indeterminados de un derecho subjetivo. La herencia pertenece, hasta la elección, a los hijos o descendientes comunes³⁹.

Pese a la certeza de los destinatarios del caudal, que serán los hijos o descendientes comunes, sus títulos sucesorios pueden no haber sido erigidos todavía, penden de la determinación de la cuantía de sus respectivas atribuciones y las diversas figuras jurídicas de adquisición (herencia, legado, mejora) de cada una de ellas. Hay una delación pluripersonal y simultánea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento indeterminado y genérico por el momento no permite la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición. Bien puede hablarse de una especie de yacencia del as hereditario⁴⁰.

En estas condiciones, es obvio que para la administración no puede regir la regla del artículo 38 CC pues no es posible conocer qué partícipes representan «la mayoría de intereses»⁴¹. Por lo tanto es acertada la concesión de la administración al cónyuge delegado.

No obstante, nos podemos encontrar con una herencia administrada por varias personas. Si existen herederos, nombrados por el testador, hasta que su cuota no se rellene con bienes o derechos concretos, son cotitulares del caudal relicto, del conjunto y de todos y cada uno de los bienes que lo componen y tienen la administración sobre esos bienes. Así, considero que el cónyuge sobreviviente, con facultades de mejorar, atribuir y distribuir bienes,

³⁹ ALPAÑES, E., *ob. cit.*, p. 327.

⁴⁰ DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, p. 891.

⁴¹ DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, p. 892.

habrá de compartir la administración con esos herederos. En tal caso, a la hora de formar las mayorías a efectos de administración, el cónyuge viudo tendrá una partición correspondiente al valor de los bienes sobre los que pende el ejercicio de sus facultades.

B) *Disposición*

El cónyuge fiduciario está facultado para disponer de los bienes componentes del caudal relicto entre los hijos y descendientes comunes, pero no frente a terceros.

En el supuesto en que existan descendientes del causante no comunes, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido por el causante tendrá poderes en cuanto a los bienes afectados a la facultad para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución de las disposiciones del causante o de adjudicaciones relativas al pago de las legítimas, pero no a otros efectos.

Por lo tanto para disponer frente a terceros de los bienes hereditarios, tanto si existen como si no existen descendientes no comunes (además de los comunes, como es obvio), se necesitará el consentimiento de todos los legitimarios, de los herederos nombrados por el fallecido en su testamento e incluso de los herederos nombrados por el propio fiduciario, en su caso, que pueden no ser legitimarios, por supervivencia de ascendiente que sea descendiente de mejor grado del causante (el fiduciario instituye heredero a un nieto, en vida de su progenitor).

14. **RESCISIÓN DE LOS ACTOS DEL CÓNYUGE FACULTADO**

El párrafo segundo del número 3 del artículo 831 CC dice que si el cónyuge sobreviviente, facultado por el testador, al objeto tantas veces mencionado, no respetase la legítima estricta de algún descendiente común o su cuota de participación en los bienes relictos que hubiese ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge, en cuanto sean necesarios para la satisfacción del interés lesionado.

Cuando se solicite la rescisión de un acto de distribución y adjudicación, se tratará, como creo, de rescindir un acto particional, por lo que acudiremos a los artículos 1073 y siguientes del CC.

La acción de rescisión durará cuatro años, contados desde que el cónyuge realizó las atribuciones inoficiosas (cfr. art. 1076 CC).

Dice el artículo 1077 CC que el demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

El demandado con derecho de opción no será el viudo/a, sino el descendiente adjudicatario de los bienes (adjudicación que perjudica la legítima de alguno de sus hermanos). A este último corresponde optar. La nueva partición, en el caso de que esta sea la opción elegida, corresponderá al viudo/a y se limitará a «quitar a uno» para dar «al otro» la porción que complete su legítima estricta, salvo que el testador no le haya conferido la facultad de mejorar.

La rescisión supone un acto válido que causa un perjuicio, por lo cual puede ser impugnado por el perjudicado en los casos previstos por la Ley (cfr. art. 1290 CC). En nuestro caso, la rescisión parece reservada al traspaso de los límites impuestos a favor de los descendientes comunes, así parece que tengamos que buscar otro tipo de ineficacia para el supuesto de no respetarse las legítimas de los descendientes no comunes.

Tal vez pudiera pensarse en la nulidad radical y absoluta. Pero esa sanción no acaba de convencerme, porque el acto nulo es insubsanable y si los interesados están conformes con las actuaciones del cónyuge (por las razones que sean, por ejemplo, quieren favorecer a su hermano incapaz, aunque sea de vínculo sencillo, o no les compensa heredar y pagar el impuesto de sucesiones...) podrán pasar por ellas.

Así que me inclino también por la rescisión, pues si, según las reglas generales la partición realizada por el testador puede ser impugnada por causa de lesión si perjudica las legítimas o cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1057 CC), por analogía consideraremos rescindibles los actos del cónyuge facultado que perjudiquen las legítimas o contravengan la voluntad del testador manifestada en sus disposiciones de última voluntad.

15. PRETERICIÓN DE UN DESCENDIENTE NO COMÚN

Afirma el artículo 831, en su actual redacción: «Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiese sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio

de las facultades encomendadas no podrá menoscabar la parte del preterido.»

Por hipótesis, el preterido no intencionalmente concurrirá con otro u otros legitimarios, descendientes comunes del causante y del cónyuge facultado.

Nos encontraremos, pues, ante un supuesto de preterición no intencional de «alguno o algunos» de los hijos o descendientes, que provoca, conforme a lo dispuesto en el artículo 814, 2.º, la nulidad de la institución de heredero, excepto si el llamado fuera el cónyuge, en cuyo caso la institución de heredero se reducirá en cuanto perjudique las legítimas. En todo caso valdrán las mandas y mejoras realizadas por el testador, en cuanto no sean inoficiosas.

Luego, en principio, el preterido tiene derecho a toda su cuota intestada y esa es «la parte» que le corresponde.

El hecho de que valgan las mandas y las mejoras ordenadas por cualquier título por el testador no significa que su cónyuge esté facultado para ordenar mejoras que disminuyan la cuota intestada del preterido. La facultad conferida no puede llegar a tanto, porque no sabemos cual hubiera sido la voluntad del testador de haber conocido la existencia o la supervivencia del preterido, por lo que debe aplicarse estrictamente lo dispuesto en la Ley en defensa de sus intereses.

Por otra parte, el respeto a la porción del preterido no intencionalmente, ordenada por el artículo 831 CC, no puede significar que el cónyuge sobreviviente facultado para distribuir el caudal del difunto, pueda dejar de respetar la porción del hijo o descendiente no común, preterido intencionalmente, del que no se ocupa el precepto. La parte que a éste corresponde es su legítima estricta, como en el supuesto de desheredación injusta, y esa «porción» le deberá ser pagada sin gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie y con bienes de la herencia, dada la intangibilidad cualitativa de la legítima.

16. PRETERICIÓN DE UN HIJO O DESCENDIENTE COMÚN

Aunque el precepto habla de preterición no intencional de un hijo o descendiente no común, puede suceder que el preterido no intencionalmente sea un descendiente común. Puede suceder que aparezca el hijo común que se creía muerto o que aparezcan descendientes del hijo común premuerto cuya existencia ignoraban los abuelos, que se considerarán preteridos si su progenitor no fue

nombrado en el testamento (cfr. art. 814, 3) y su progenitor no tuvo por qué nombrarle si lo sabía muerto, en el momento de redactar testamento e ignoraba la existencia de su descendencia. En este caso, la cuota que le corresponde al preterido es, igual que si se tratase de un hijo o descendiente no común, su cuota intestada.

Ahora bien, en este supuesto, como se trata de descendencia común cabe pensar que el cónyuge superviviente podrá actuar como lo hubiera hecho de no haber sido preterido ninguno de los descendientes comunes, pues ya el testador nos ofreció un indicio de su voluntad, al conceder a su cónyuge amplias facultades atributivas y distributivas en relación con la descendencia común.

Sin embargo, en realidad tampoco aquí podemos saber cual hubiera sido la voluntad del testador de haber conocido la existencia de sus descendientes preteridos, por lo tanto me inclino a pensar que habrán de recibir íntegra su cuota intestada, sin perjuicio de las mejoras y demás disposiciones hechas en vida por el causante.

Si el hijo o descendiente común ha sido preterido intencionalmente, los efectos serán los mismos que los de la desheredación injusta (cfr. art. 814 en relación con el 851, ambos del CC). El cónyuge superviviente deberá pagarle su legítima estricta, sin poder mejorarle ni atribuirle bienes con cargo al tercio de libre disposición.

17. LA FACULTAD DE ATRIBUIR BIENES CONCRETOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON BIENES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

A) Introducción

La actual redacción del artículo 831 CC afirma, por un lado, que el cónyuge sobreviviente puede ejercitar las facultades previstas en el precepto incluso con cargo a bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Y, por otra parte, afirma: «Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite la facultad.»

Del tenor literal de ambos párrafos del precepto llegaremos a concluir que el cónyuge facultado puede utilizar los bienes de la comunidad postganancial (sociedad de gananciales disuelta y no

liquidada) para ejercer las facultades conferidas por el testador. En cambio, solamente podrá utilizar sus propios bienes para pagar las legítimas y demás disposiciones del causante.

No obstante, si puede pagar legítimas y demás disposiciones del causante con sus propios bienes no hay razón para sostener que no pueda utilizar a tal objeto bienes de la comunidad postganancial. Y, tampoco hay razón para sostener que no pueda mejorar, atribuir y distribuir bienes con cargo a su propio patrimonio, pagando incluso las legítimas que a su herencia correspondan con bienes del causante.

En efecto: el precepto parece estar pensando en una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, que se llevará a efecto a la muerte del último de ellos, sin perjuicio al respeto a las legítimas y demás disposiciones del causante.

Pero, la hipótesis de la partición conjunta puede causar los problemas que a continuación expongo.

B) *Mejoras, adjudicaciones y atribuciones con bienes de la comunidad postganancial*

En primer lugar, la dicción literal del precepto puede llevarnos a pensar que no puede atribuir los bienes gananciales adjudicados a la herencia del difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales. No obstante, considero que esta interpretación no se puede mantener, pues si el cónyuge sobreviviente tiene facultades para atribuir los bienes privativos del difunto, a su libre arbitrio, resulta que una vez liquidada la sociedad de gananciales los bienes gananciales adjudicados a la herencia del difunto, en la liquidación de la sociedad, ya no son gananciales sino privativos, por lo tanto el cónyuge sobreviviente podrá disponer de ellos a favor de cualquier hijo o descendiente.

Lo que quiere decir el precepto es que el cónyuge sobreviviente podrá detraer bienes de la comunidad postganancial a favor de cualquier o descendiente y el valor de tales bienes formará parte de la cuota correspondiente al difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Con ello, el cónyuge superviviente se convierte en «juez y parte», porque la mitad de los bienes existentes en la comunidad postgananciales le serán atribuidos a él mismo. Así, puede utilizar para mejorar o atribuir a los hijos comunes los bienes que menos le interesen y quedarse con los que le convengan. No obstante, en virtud del principio de la buena fe, parece claro que no podrá ejercer la facultad conferida en su propio beneficio, otra cosa será

demostrar ese beneficio, porque es indudable que deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes.

Pese a todo, considero que la facultad concedida al cónyuge sobreviviente no puede alterar el régimen legal de la liquidación de la sociedad de gananciales. En consecuencia, el cónyuge supérstite tendrá que respetar las adjudicaciones preferenciales previstas en el artículo 1406 CC. Y, si existen deudas gananciales, no podrá disponer del metálico existente en la comunidad postganancial hasta que sean pagados los acreedores, según lo dispuesto en el artículo 1400 CC.

Además, si existen hijos o descendientes comunes menores de edad, como existe contraposición objetiva de intereses entre el cónyuge fiduciario y los hijos, aunque sean comunes, para el ejercicio de esta facultad deberá nombrarse un defensor judicial (cfr. art. 1057, 3 CC).

Por otra parte, en la herencia pueden concurrir con los hijos comunes hijos no comunes del causante. Tales hijos formarán parte de la comunidad postganancial, en calidad de herederos, si así hubiesen sido nombrados por el testador o, cuando menos, en calidad de legitimarios, pues hasta que su legítima esté satisfecha todo el caudal relicto está afecto al pago de su porción legal. La mitad de la comunidad postganancial pertenece a la herencia del difunto y habiendo hijos o descendientes no comunes que son cotitulares, por su cuota, del conjunto de bienes que forman la comunidad postganancial, no acaba de verse como el cónyuge viudo puede, por su propia autoridad, detraer bienes de tal comunidad para adjudicárselos al hijo o descendiente común que libremente elija.

C) *Pago de legítimas y cumplimiento de disposiciones del causante con cargo al patrimonio del cónyuge facultado*

El cónyuge facultado puede atribuir sus bienes privativos, entre ellos, los que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales, para completar las disposiciones del testador y las legítimas de los descendientes.

Como acabo de exponer, el precepto parece presuponer una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, cuyos efectos tendrán lugar a la muerte del cónyuge supérstite, permaneciendo hasta entonces indivisa la herencia del premuerto.

Pero esta presuposición puede causar problemas por dos razones:

a) Los legitimarios no están obligados a esperar a la muerte del último de sus progenitores para cobrar la legítima de la herencia del primer fallecido.

La prolongación del poder distributivo supone un gravamen para las legítimas, por lo que parece aplicable al cónyuge, respecto del pago de la cuota legal, el plazo establecido para el ejercicio del albaeazgo, que es el de un año, según dispone el artículo 904 CC ⁴².

En consecuencia, si los herederos forzosos reclaman la legítima que les corresponde en la herencia del cónyuge difunto, las adjudicaciones complementarias hechas a costa del patrimonio del cónyuge superviviente, solamente podrán hacerse mediante donaciones inter-vivos, sujetándose a las reglas de las donaciones, ya que las disposiciones mortis-causa son esencialmente revocables, y no pueden considerarse pagadas las legítimas (y ni siquiera se entenderán pagadas las disposiciones testamentarias no inoficiosas del cónyuge premuerto), mediante atribuciones esencialmente revocables y, que en caso de no revocarse, solamente tendrán efecto a la muerte del disponente

b) El patrimonio del cónyuge sobreviviente puede sufrir alteraciones desde el momento en que realiza las adjudicaciones complementarias, a costa de su patrimonio, hasta el momento de su muerte.

Así, puede suceder que en el momento de su muerte resulte que aquellas adjudicaciones, realizadas en su día, sean inoficiosas porque perjudiquen las legítimas de sus propios legitimarios.

Además, el cónyuge sobreviviente puede tener, después de haber ejercitado la facultad conferida por el testador, nuevos hijos no comunes, por lo que el importe de la legítima individual que a los hijos comunes les corresponde puede verse disminuida por la concurrencia de legitimarios imprevistos en el momento en que el cónyuge viudo paga las legítimas con sus propios bienes. Es cierto que el si el cónyuge sobreviviente tiene hijos no comunes se extingue la facultad, pero también puede suceder que haya ejercitado la facultad antes de tener hijos no comunes y que sus atribuciones anteriores al nacimiento perjudiquen la legítima de estos hijos.

Tal vez la posibilidad de pagar legítimas y demás disposiciones del causante, con cargo a los bienes del cónyuge fiduciario, quede limitada a la hipótesis de ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte del cónyuge fiduciario, en cuyo caso si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos realizados en ejercicio de sus facultades quedarán sin efecto.

⁴² DÍAZ FUENTES, A., *ob. cit.*, p. 905.

18. EL PLAZO

Y, el párrafo tercero del actual artículo 831 CC dice: «Si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se hubiese señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación de los hijos comunes.»

La frase «si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento» no se entiende. Desde luego, «su propio testamento» no puede ser el testamento del cónyuge facultado para atribuir y distribuir, porque no se puede conceder a sí mismo facultades para disponer sobre los bienes del otro cónyuge. En consecuencia, el testamento debe ser el del otro cónyuge. Y, si el otro cónyuge no le hubiera conferido la facultad en «su propio testamento», el sobreviviente no está facultado para atribuir y distribuir los bienes de la herencia del cónyuge difunto. Así que la frase misteriosa solamente puede significar que el cónyuge fiduciante estableció un plazo en el testamento en el que concedió la facultad.

En cualquier caso, respecto del plazo hemos de distinguir dos supuestos:

a) El testador señaló un plazo en su testamento.

El testador es completamente libre para señalar el periodo de tiempo, corto o largo, que estime conveniente para el ejercicio de la facultad.

Así, podrá establecerse que el cónyuge superviviente ejercite su facultad en su propio testamento, conjuntamente con sus propios bienes y los del fiduciante. Ahora bien, en este caso las disposiciones del superviviente serán revocables.

También es posible que aún ejercida la facultad dentro de plazo, quede diferida su efectividad a la muerte del cónyuge autorizado, para conjugarlo con su propio testamento, funcionando hasta entonces la comunidad hereditaria, al servicio de los fines familiares que determinaron la concesión de las facultades⁴³.

b) El plazo señalado subsidiariamente por la Ley que es distinto según existan o no hijos comunes menores de edad.

Para el caso de haberlos, la Ley parte de la idea de que el cónyuge facultado, con arreglo a la presumible intención del concedente de la facultad, no debe ser obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos⁴⁴.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit. p. 484.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit., p. 484.

Miquel al comentar el artículo 831 CC en su anterior redacción afirma que el señalamiento de un plazo supletorio en defecto del fijado por el testador, le parece en alguna medida perturbador y, en otra, inútil. Empezando por lo último, considera que el plazo es inoperante respecto de las legítimas, porque el testador no puede someter a plazo el pago de las legítimas. Respecto de los otros dos tercios, sobre los que puede actuar el cónyuge viudo, no se ve por qué razón el testador, que quizás no haya querido someter al viudo/a a ningún plazo, tenga que decirlo expresamente. De modo que la reforma, queriendo ampliar las facultades del cónyuge viudo, las ha restringido, al señalar un plazo que antes no tenía⁴⁵.

El problema más agudo, continúa Miquel, parece ser el relacionado con la admisión de mejorar a los descendientes ulteriores. El plazo fijado en relación con la emancipación de los hijos, no tiene en cuenta la posibilidad de mejorar a los nietos, que pueden ser mejorados: ¿se podrá esperar a que nazcan y sean emancipados? Así, en rigor el plazo es bastante inútil, pues se podrá esperar a que nazcan los nietos y sean emancipados. El viudo/a tiene toda su vida para mejorar porque no se puede excluir que en cualquier momento tenga nietos o que algún nieto tenga descendencia.

En consecuencia, y a juicio de Miquel, caben varias alternativas de interpretación del plazo señalado por el precepto:

Utilizar el señalamiento del plazo en el precepto como una prueba de que el viudo/a solamente puede mejorar a los hijos comunes. En efecto, en otro caso el plazo carece de sentido porque siempre se podrá esperar al nacimiento de un descendiente de ulterior grado.

Entender que son cosas distintas el señalamiento de un plazo y los sujetos mejorables: el plazo opera en relación con los hijos, pero dentro de él se puede mejorar a los nietos. En tal caso el precepto se desvincula de su *ratio* por lo que se refiere a los nietos, ya que no se podrá apreciar sus cualidades, etc. Con ello el precepto se convierte en un instrumento de sujeción de los hijos, pero no de los nietos. Las razones dadas para justificar el precepto no son válidas si adopta esta solución⁴⁶.

Coincido con las afirmaciones de Miquel: en efecto, respecto de las legítimas no cabe señalamiento de plazo, por lo tanto el cónyuge viudo, con facultades de atribución y distribución, tendrá que pagar las legítimas cuando se lo exijan los herederos forzosos. Además, debo añadir lo siguiente: como la mejora forma parte de la legítima cuando no es utilizada la parte del tercio destinado a

⁴⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *ob. cit.*, p. 1318.

⁴⁶ Ídem.

mejorar, el viudo/a tendrá que realizar las mejoras cuando los herederos forzosos exijan su legítimas.

Y, aunque así no fuera, es cierto que el señalamiento de un plazo impide mejorar a los descendientes nacederos y siendo la ratio actual del precepto, según parece, que el cónyuge viudo/a pueda favorecer a los descendientes incapaces, puede suceder que entre los descendientes nacederos exista algún incapaz, que no podrá ser favorecido por su ascendiente.

Para solucionar este problema, cabe pensar que el cónyuge podrá mejorar a los nietos nacederos mediante la sustitución fideicomisaria condicional. La condición sería que nazcan en el tiempo señalado por el cónyuge que ejercita la facultad o en un tiempo prudencial y se pueden añadir condiciones adicionales.

Por otra parte, Lacruz considera el plazo legal insuficiente para los supuestos en que el cónyuge tarde en enterarse de su nombramiento y especialmente cuando se promueva litigio sobre el último testamento y, una vez anulado éste, entra en vigor el que nombra fiduciario al cónyuge⁴⁷. En estos casos habremos de considerar que el inicio del cómputo de los dos años deberá fijarse en el momento en que adquiera firmeza la sentencia que resuelve el litigio sobre el testamento, pues caso contrario bien puede suceder que caduque la facultad conferida sin haberla podido utilizar.

19. EXTINCIÓN DE LA FACULTAD

El número 5 del artículo 831 CC, dice que las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Al comentar el precepto en su primitiva redacción se dijo que el fundamento de esta disposición no debe buscarse en el establecimiento de una sanción al cónyuge que contrae nuevas nupcias, sino más bien de evitar que los nuevos afectos y vínculos que de este nuevo matrimonio puedan surgir, provoquen una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente es natural que le prive de un derecho a la elección que de él deriva⁴⁸.

Actualmente no sabemos si el fundamento es el mismo o simplemente se trata de una traducción mimética, adaptada a los tiem-

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 485.

⁴⁸ ALPANES, E., ob. cit., pp. 315 y 316.

pos (al incluir las relaciones de hecho), de lo establecido en las redacciones anteriores del precepto.

También se extinguirán las facultades por el transcurso del plazo establecido por el testador, o en su defecto por la ley, sin que el cónyuge delegado haya ejercitado sus facultades.

20. EXTENSIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 831 CC A LAS PAREJAS NO MATRIMONIALES

Termina el artículo 831 CC diciendo que «Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.»

Del tenor literal del precepto tendremos que concluir que no es preciso que los progenitores con descendencia común sean una pareja de hecho, con los requisitos de estabilidad que ello implica. Puede pensarse que bastará que tengan descendencia común, aunque jamás hayan convivido.

Sin embargo, si hemos sostenido con relación a los cónyuges que no deben estar separados ni de hecho ni judicialmente, habremos de sostener que el precepto se refiere a una pareja de hecho, que no esté separada en el momento de la muerte de uno de sus miembros.

No veo ningún inconveniente para extender el precepto a las parejas del mismo sexo, que conforme a la legislación de algunas Comunidades Autónomas, que algún Tribunal ha extendido a otros lugares, pueden adoptar hijos en común, la filiación adoptiva tiene los mismos efectos que la filiación por naturaleza y, además, tan pareja de hecho es la heterosexual como la del mismo sexo.

Naturalmente el miembro de la pareja de hecho superviviente no podrá utilizar los bienes de una inexistente sociedad de gananciales al ejercitar la facultad, pero dado que el Código habla de «sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar» cabe preguntarse también si, por analogía, podrá el concesionario de la facultad utilizar los bienes que sea comunes en virtud de pacto (o que según las reglas generales se hayan adquirido en proindiviso ordinario). Por una parte, como el precepto habla de «sociedad conyugal» podemos pensar que no, pues las parejas de hecho no son cónyuges, pero por otra, el número 6 del artículo 831 dice que las disposiciones de los párrafos anteriores, sin excepción, serán de aplicación a las parejas de hecho, siempre que tengan descendencia común. En consecuencia, el superviviente de una pareja de hecho podrá pagar legítimas y disposiciones del causante con sus propios bienes y quien puede lo más puede lo menos, por lo tanto parece que podrá utilizar también los bienes que tuviera en común con el fallecido.