

Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
(Acreditado a Profesor Contratado Doctor)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

A mi hijo Juan Pablo Misael

RESUMEN

En la práctica testamentaria la fiducia sucesoria ha gozado de escaso éxito. La falta de tradición y arraigo junto a una redacción manifiestamente mejorable han propiciado que el contenido del artículo 831 del Código civil sea prácticamente letra muerta. No obstante ello, consideramos que se trata de una institución que ofrece un amplio abanico de posibilidades que, adecuadamente delimitadas por la voluntad del testador –convenientemente informado y asesorado–, puede resultar eficaz para satisfacer sus necesidades, según sus circunstancias personales, familiares y patrimoniales le aconsejen diferir su última voluntad; en definitiva, la distribución o la partición de su herencia. La fiducia sucesoria exige, como premisa esencial, tener plena confianza en la actuación futura del fiduciario, alter ego del testador después de su óbito. En el presente trabajo se analizan las razones de su poca plasmación en la práctica testamentaria, así como algunos de los aspectos que mayores debates han generado en la doctrina –requisitos, facultades y límites del fiduciario–, y también algunas propuestas que de lege ferenda puedan resultar útiles para revitalizarla.

PALABRAS CLAVE

Derecho de sucesiones. Testamento. Fiducia sucesoria. Cautela socini. Testador. Fiduciario. Heredero y legítima.

About the meagre use of section 831 of the Civil code. Difficulties of its current wording

ABSTRACT

In the testamentary practice succession fiduciary has enjoyed little success. The lack of tradition and rooting together with a clearly improvable wording have led to the content of section 831 of the Civil Code being practically dead letter. Nevertheless, we consider that it is an institution that offers a wide range of possibilities that, properly delimited by the testator's will –conveniently informed and advised–, can be effective to meet his needs, when his personal, family and patrimonial circumstances advise him to defer his last will; in short, the distribution or the partition of his inheritance. The succession fiduciary requires, as an essential premise, to have full confidence in the future performance of the fiduciary, alter ego of the testator after his death. In the present paper we analyze the reasons for its low representation in the testamentary practice, as well as some of the aspects that have generated most debates among the doctrine –requirements, faculties and limits of the fiduciary–, as well as some proposals that lege ferenda can be useful to revitalize it.

KEY WORDS

Law of successions. Will. Succession fiduciary. Socini caution. Testator. Trustee. Successor and legal portion of inheritance.

SUMARIO: 1. Planteamiento.–2. La azarosa vida de la fiducia sucesoria en nuestro Código civil: de su redacción original a su hipertrofia actual.–3. Fiducia sucesoria versus usufructo universal vitalicio con cautela socini: ¿Dos caminos para un mismo objetivo?–4. Naturaleza jurídica y ubicación sistemática en el Código civil.–5. Falta de arraigo y desconocimiento tanto teórico como práctico de su utilidad.–6. Delimitación del fiduciario y sus requisitos antes y después de producirse el fallecimiento del causante. 6.1 Personas a quienes se pueden atribuir las facultades fiduciarias. 6.2 Repercusión de las situaciones de crisis matrimonial en la subsistencia de la delegación. 6.3 Extinción de la delegación por las causas previstas en el párrafo quinto del artículo 831 CC. 6.4 Otras posibles causas de extinción de la delegación por la pérdida presunta de la fides que la fundamenta.–7. Facultades del fiduciario. 7.1 Consideraciones generales. 7.2 Liquidación unilateral del régimen económico matrimonial. 7.3 Designación de herederos y legatarios. 7.4 Desheredación e indignidad.–8. Límites subjetivos de las facultades del fiduciario.–9. Límites objetivos de las facultades del fiduciario. 9.1 Consideraciones generales. 9.2 Respeto a las legítimas estrictas de los descendientes comunes. 9.3 La no alteración del régimen de las legí-

timas de los descendientes no comunes del causante.—10. *Conclusiones.*—11. *Anexo con modelo de testamento con fiducia sucesoria.*— *Bibliografía.*

1. PLANTEAMIENTO

Desde hace algunos años hemos venido pasando de puntillas por el artículo 831 CC, no sabemos si ahuyentados por su farragosa y reglamentista redacción, por su desmesurada longitud, o por su defectuosa técnica legislativa, a lo que debe añadirse su escasa puesta en escena en la práctica testamentaria. Con motivo del Seminario «Derecho y fiscalidad de las sucesiones *mortis causa* en España: una perspectiva multidisciplinar», celebrado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, los días 18 y 19 de marzo de 2015, nos propusimos realizar un estudio sobre la «delegación de la facultad de mejorar» con el objetivo de analizar tanto las novedades introducidas por su vigente redacción —por ejemplo, que solo se puedan conferir sus facultades mediante testamento—, como las dudas que ha venido a resolver explícitamente —por ejemplo, que las facultades concedidas al fiduciario comprendan no solo el tercio de mejora sino también el de libre disposición, o que puedan ser beneficiarios los hijos y cualquier otro descendiente, siempre que sean comunes del testador y del fiduciario—. Sin alejarnos de nuestra idea inicial —realizar un trabajo puramente doctrinal—, hemos creído de interés prestar especial atención al estudio de la aplicación en la práctica de nuestra figura, a mejor decir, a su exigua aplicación. Abordamos seguidamente nuestro objetivo, no sin antes dejar constancia de nuestra disconformidad con la denominación tradicional de «delegación de la facultad de mejorar», que consideramos incompleta al contener el precepto que la cobija un amplio haz de facultades no agotadas con la delegación del tercio de mejora —*rectius* también del tercio de libre disposición—, siendo preferible la nomenclatura «fiducia sucesoria», o incluso la de «fiducia testamentaria», por ser más acordes con el fundamento y las posibilidades de la institución.

Resulta llamativo cómo un artículo que goza de tan escasa aplicación práctica, cuente con tan gran amplitud de estudios doctrinales, ya sean sobre su primitiva redacción (vigente desde el 14 de

agosto de 1889 hasta el 8 de junio de 1981)¹, de la intermedia (vigente desde el 9 de junio de 1981 hasta el 19 de noviembre de 2003)², o sobre la actualmente vigente (desde el 20 de noviembre de 2003)³. Por tal motivo trataremos en este trabajo de detectar las aporías que presenta la actual redacción de un precepto, tan objeto de soluciones doctrinales dispares, como huérfano de una doctrina jurisprudencial sólida⁴.

El análisis de la fiducia sucesoria nos ha generado sensaciones contrapuestas. En los años que llevamos asesorando la formalización de testamentos, nunca hemos acudido a las facultades que permite dicha institución, ni siquiera planteado sus posibles bondades; nos queda la duda de si algunas de las personas asesoradas hubieran visto mejor satisfechos sus deseos y necesidades haciendo uso de dicha figura⁵. La práctica testamentaria enseña que el testamento debe aspirar a ser un traje a la medida, que exige una confesión por parte del testador, que éste se desnude exponiendo sus circunstancias personales, familiares y patrimoniales para poder confeccionarle correctamente ese traje. Aun siendo conscientes de que la figura comporta peligros y riesgos –como algunos otros tipos de testamentos– y exige una elevada dosis de confianza en la persona del fiduciario-comisionado (generalmente el cónyuge viudo, aunque en la actualidad se le pueden conferir las facultades a cualquier persona con la que se tenga descendencia común), consideramos que es un

¹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 273-331; DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965, pp. 877-909; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1973, pp. 67-70; y SECO CARO, 1960.

² BERMEJO PUMAR, 2001; DÍEZ GÓMEZ, *RDN*, 1982, pp. 405-424; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, 1993, pp. 380-383; SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 907-985; y VALLET DE GOYTISOLO, 1982, pp. 403-428 y 1991, pp. 2054-2060.

³ ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, pp. 3-22; BUSTO LAGO, 2009, pp. 476-488; CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 906-920; FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 117-141; GARCÍA PRESAS, *AfDU*, 2009, pp. 229-247; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 57-112; GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, pp. 353-372; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, 2009, pp. 344-349; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1115-1152; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 969-1002; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, pp. 403-434; ROCA GUILLAMÓN, 2004, pp. 4279-4301; ROMERO-GIRÓN DELIETO, *RJN*, 2006, pp. 221-231; RUEDA ESTEBAN, *RJN*, 2013, pp. 325-404; 2014; y 2015, pp. 1305-1378; SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 263-279; y SIERRA PÉREZ, *RdPat*, 2007, pp. 89-114.

⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015, ponente D. José Luis Díaz Roldán (JUR 2016\54122), a fecha actual es la única resolución de una Audiencia sobre la fiducia sucesoria. Una vez remitido el presente trabajo y aceptada su publicación por el Consejo de Redacción del Anuario de Derecho Civil, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.ª) en fecha 24 de mayo de 2019, en ponencia del Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno (JUR 2019\169066), ha dictado sentencia desestimando el recurso de casación y, en su consecuencia, confirmando la precitada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁵ Coincidimos con SEDA HERMOSÍN al afirmar que la institución ha sido poco empleada en la práctica por tratarse de una institución desconocida y con poco arraigo en los territorios de Derecho Común, *ASN*, 2006, p. 266.

instrumento que, en determinadas situaciones, puede resultar muy aconsejable. Por ejemplo, para reforzar la autoridad y posición del fiduciario en el muy frecuente supuesto en el que los progenitores quieran dejarse mutuamente hasta la muerte del último de ellos el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar –considerado como una unidad– sin participación de los hijos; o, cuando las circunstancias personales de alguno de los hijos o demás descendientes sean acreedoras de una mayor protección, bien por encontrarse en una situación de vulnerabilidad o debilidad, o incluso con la capacidad judicialmente modificada, o, porque sin estar declarados en tal estado civil, sufran cualquier enfermedad física o psíquica, o adicciones dañinas. La casuística puede ser muy amplia.

Nuestro estudio se ha estructurado en tres partes y un anexo. La primera se centra en el origen y evolución del artículo 831, deteniéndonos en las funciones o finalidades que inicialmente se pretendían alcanzar con su figura, y la metamorfosis de su redacción, contemplando las principales novedades y aclaraciones de la redacción vigente. En la segunda se analizará por qué hasta ahora se ha impuesto en la práctica el testamento del usufructo universal vitalicio combinado con la cautela *socini*, y si el mismo fin o fines que se persiguen con dicho modelo de testamento, o incluso mayores y de forma más eficaz, se podrían lograr con la fiducia sucesoria. La tercera parte, la central de nuestro trabajo, está enfocada a las aporías que presenta la actual redacción, así como al análisis de sus posibles soluciones. Por último, se incluye un anexo con un modelo de testamento redactado con la institución objeto de estudio.

2. LA AZAROSA VIDA DE LA FIDUCIA SUCESORIA EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: DE SU REDACCIÓN ORIGINAL A SU HIPERTROFIA ACTUAL

El origen prelegislativo del vigente artículo 831 se encuentra en el artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851: «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto»⁶. El propio García Goyena, al comentar dicho precepto,

⁶ Destaca GARCÍA RUBIO la rigurosidad de los requisitos para la aplicación de la primitiva fiducia sucesoria al señalar que: «(1) era preciso que la delegación se pactara precisamente en capitulaciones (escasamente utilizadas en buena parte de los territorios de

justificaba su introducción afirmando que «en casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por lo que venía a ser casi nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría. El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados»⁷. Posteriormente, tanto el Anteproyecto de Código civil de 1888 como la redacción definitiva de 1889 adoptaron una redacción en términos muy similares a la contemplada en el Proyecto de 1851.

En las palabras de García Goyena se observa que con la fiducia sucesoria se pretendía injertar en el Código una institución cuyas bondades se habían puesto ampliamente de manifiesto en algunos Derechos forales y cuyo fin era el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo y el mantenimiento de la paz familiar⁸. En la doctrina recaída sobre la finalidad de origen del artículo 831, Alpañés destacó que «constituye un poderoso instrumento en manos del viudo o la viuda para conservar la cohesión familiar y su continuación a través de las múltiples circunstancias cambiantes en que la vida de una familia labradora se desenvuelve. Evita fundamentalmente la igualitaria distribución del llamamiento legal... Si partimos de la base –cierta– de que el fraccionamiento de los caseríos es un peligro que hay que evitar a todo trance por exigirlo así de consuno circunstancias económicas y sociales, habrá de convenir en que los llamamientos igualitarios intestados no tienen que tener

Derecho común), 2) que el delegante muriese intestado, 3) que el viudo permaneciese en ese estado, 4) que los hijos mejorados fuesen comunes, 5) que se respetasen las legítimas y las mejoras hechas por el delegante», *ADC*, 2008, p. 63.

⁷ GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357.

⁸ Advierte DÍAZ FUENTES que, aunque el artículo 831 CC tenga una inspiración inequívocamente foralista «no constituye, sin embargo, una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes. En realidad, constituye una figura autónoma, elaborada bajo el designio de provocar la aproximación de los regímenes vividos en el área nacional y mantenida después por inercia legislativa, pero cuya afinidad con aquéllos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos», *ADC*, 1965, p. 880.

lugar. La elección del heredero es, sin embargo, problema cuya solución requiere y presupone un perfecto conocimiento de las condiciones personales de los hijos, el cual no puede tener efecto en la edad temprana; si se hiciese cuando todos los hijos son pequeños no cabe duda que, al menos, la elección es ciega, puesto que al llegar a edad madura puede muy bien ocurrir que el designado no presente aptitudes para continuar al frente del caserío, o que, teniéndolas, carezca de vocación para ello y sea llamado para otras actividades. En cualquier de ambos supuestos se ve bien clara la posibilidad de que el patrimonio se destruya. Y es precisamente este efecto perjudicial el que el artículo 831 pretende evitar y el fundamento de la concesión al cónyuge viudo de facultad tan importante y anómala dentro de la sistemática del Código civil. El viudo o viuda queda facultado para hacer la mejora y distribución cuando los hijos han llegado a manifestar sus condiciones y aptitudes; en su mano queda la posibilidad de acertar plenamente»⁹. En la misma línea, afirma Seco Caro que «puede mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitarse la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar y la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, alcanzar una distribución equitativa de la herencia del difunto sin testamento y evitar en muchos casos la intervención judicial en los problemas de distribución de la herencia»¹⁰. Por su parte, Díaz Fuentes señala que entre los propósitos del artículo 831 se encuentra «el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuar en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento, en previsión de que al fallecimiento del *de cuius* acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos»¹¹. Para Rueda Esteban «la finalidad del precepto, está en evitar que se abra la sucesión legal si el difunto no ha dejado testamento. La repartición proporcional de la herencia podría llevar, especialmente en el campo y en la sociedad agrícola de la época, a la disgregación de una finca rústica, que a lo más podía sustentar a uno de los herederos»¹².

Como ha puesto de manifiesto la doctrina¹³, el originario artículo 831 fue escasamente empleado en la práctica, lo cual venía condicionado en gran medida por el hecho de que solo pudieran

⁹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 289-290.

¹⁰ SECO CARO, 1960, p. 215.

¹¹ DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965, p. 884.

¹² RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 226.

¹³ *Vid.*, FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 122; ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4281; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 266.

atribuirse sus facultades mediante capítulos matrimoniales –poco frecuentes en los territorios de Derecho común–, y que éstos solo se pudieran otorgar, hasta la reforma en el año 1975 del artículo 1315, antes de contraer matrimonio.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1981), reformó el artículo 831 dándole una nueva redacción: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiese señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

Dicha reforma, sin afectar a las finalidades que se pretendían alcanzar con su redacción originaria, introdujo tres importantes modificaciones: la supresión del requisito de que el otorgante tuviera que fallecer intestado, por lo que la fiducia podía conferirse tanto en supuestos de sucesión testada como intestada o legal; que las facultades fiduciarias pudieran otorgarse tanto en capítulos matrimoniales como en testamento; y el establecimiento de un plazo para que el fiduciario pudiera ejecutar sus facultades¹⁴. Coincidimos con García Rubio cuando afirma que «a pesar de que la nueva regulación favorecía teóricamente el uso de la fiducia, ampliando sus posibilidades, siguió siendo una institución poco conocida por los destinatarios y escasamente utilizada en la práctica, lo que ha impedido la elaboración de un cuerpo jurisprudencial sólido y estable que permita que la figura tenga unos perfiles lo suficientemente nítidos como para hacer aconsejable su utilización»¹⁵.

El vigente artículo 831 se debe a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapaci-

¹⁴ *Vid.*, sobre las modificaciones introducidas por la reforma de 1981, ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, p. 4; Díez GÓMEZ, *RDN*, 1982, p. 418; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 64; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1119-1120.

¹⁵ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 64. En la misma línea, SEDA HERMOSÍN indica que «aunque la redacción de 1981 permitía un amplio juego en la atribución de la facultad de fiducia sucesoria, lo cierto es que la institución ha sido poco empleada en la práctica (y en ello tenemos no poca responsabilidad los Notarios); primero, por la falta de tradición, siendo una institución desconocida y nada arraigada; y segundo, para quienes nos hemos acercado a ella, porque planteaba graves problemas que, en cierto modo, aunque no todos ni de forma satisfactoria, se han venido a solventar con esta última reforma», *ASN*, 2006, p. 266.

dad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003) que le ha dado una redacción farragosa, desmesurada y reglamentista. De forma gráfica, Florensa i Tomàs indica que «desde el punto de vista formal, la modificación ha producido la hipertrofia del artículo, pasando de tener dos párrafos a tener once, repartidos en seis apartados»¹⁶.

Según su Exposición de Motivos, la nueva redacción pretende «insertar una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad» ofreciendo «al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí». Lo cierto es que la Ley 41/2003 ni ha creado una nueva figura, ni le ha otorgado una nueva finalidad al artículo 831 —*nihil novum sub sole*—, puesto que con las anteriores redacciones también se podían proteger a los hijos en los que concurriera algún tipo de discapacidad, al igual que a cualquier otro¹⁷. En el fondo, creemos que subyace en la *mentis legislatoris* subrayar, posiblemente con ánimo de impulsar de futuro la fiducia sucesoria, que se trata de un instrumento útil para proteger patrimonialmente a los descendientes particularmente necesitados¹⁸. Podría también utilizarse para mejorar al hijo que asumiera los cuidados del hermano con discapacidad, dejándole a éste solo su legítima estricta.

No obstante lo anterior, debe destacarse la introducción de las siguientes novedades:

– Solo se pueden conceder las facultades fiduciarias en testamento¹⁹, por lo que se configura la fiducia como unilateral y esencialmente revocable.

¹⁶ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 118.

¹⁷ Como indica CÁMARA LAPUENTE, la última reforma del artículo 831 «en realidad tan solo reelabora la tradicionalmente denominada «delegación de la facultad de mejorar» sin establecer reglas específicas sobre los discapacitados, a cuya defensa puede servir tanto como para otras múltiples finalidades», 2016, p. 907.

¹⁸ Vid., FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 117-119; ROCA GUILLAMÓN, 2004, pp. 4283-4284; y SIERRA PÉREZ, *RdPat*, 2007, pp. 92-93.

¹⁹ Subraya FLORENSA I TOMÀS, que «la reforma de 2003, sorprendentemente, prescindió de las capitulaciones a la hora de deferir la fiducia sucesoria. No creo que se deba a un olvido del legislador, sino a una clara intención de desterrar toda idea de pacto en torno a las

– El fiduciario podrá satisfacer las legítimas y demás disposiciones del causante tanto con bienes gananciales como privativos del causante o del fiduciario.

– El plazo para ejecutar las facultades conferidas, en caso de tener que realizarse *inter vivos*, será el que se le haya concedido y, en su defecto, el de dos años a contar desde la apertura de la sucesión o, en su caso, de la emancipación del último de los hijos comunes. Las facultades también se le pueden atribuir para que las realice en su testamento, en cuyo caso tendrá toda su vida para llevarlo a cabo, siendo recomendable en estos supuestos que el causante-comitente contemple en su testamento el reparto de sus bienes para el caso de que el fiduciario-comisionado fallezca intestado o incluso testado, pero sin ejercer las facultades conferidas. Como es lógico, en el supuesto de que no hubiera sido contemplada esa situación por el causante-comitente, y el fiduciario-comisionado no hubiera ejercitado sus facultades, se abriría la sucesión legal del primero.

– Las disposiciones que realice el fiduciario de bienes específicos y determinados atribuirán al beneficiario, por el mero hecho de la aceptación, además de la propiedad, la posesión civilísima de los bienes, salvo que se establezca lo contrario.

– Corresponde al fiduciario la administración de los bienes sobre los que penden las facultades fiduciarias.

– Ni el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes ni las disposiciones del testador resultarán afectadas por el nombramiento del fiduciario, que tendrá poderes para intervenir en nombre de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a dichas disposiciones o legítimas.

– A diferencia de las redacciones anteriores, en las que el fiduciario tenía que ser forzosamente el cónyuge viudo, ahora se le pueden conferir las facultades fiduciarias a cualquier persona con la que se tenga prole en común²⁰. Esta última novedad conlleva, como ha indicado Florensa i Tomàs, que en la actualidad la fiducia no pueda sustentarse en el vínculo matrimonial, y que sea la relación de confianza existente entre ambos progenitores la que sirva de fundamento a la institución²¹.

instituciones sucesorias, en las que dicha fuente de la delegación de la facultad de mejorar aparecía como un incómodo intruso, desde la perspectiva del artículo 1271.2 Cc», 2005, p. 123. Como pone de relieve RIVAS MARTÍNEZ, en relación al elemento formal o vehículo de la concesión de la fiducia, «la fuente de la delegación se ha encontrado siempre en la *autonomía de la voluntad*. Sin embargo, las distintas vicisitudes legislativas han modificado la forma de encauzar esa voluntad, iniciándose a partir de la voluntad bilateral (capitulaciones matrimoniales), pasando por un período de coexistencia de ambas (testamento y capitulaciones), para acabar ahora en una voluntad unilateral (testamento)», 2009, p. 1593.

²⁰ *Vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, *RD*, 2005, pp. 21-22; FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 123-124; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1120.

²¹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 139-140.

Además de las novedades anteriores, la nueva redacción del artículo 831²² ha venido a admitir explícitamente algunos aspectos sobre los que un amplio sector de la doctrina ya se había pronunciado positivamente al comentar el precepto²³:

- Los beneficiarios de las disposiciones del fiduciario pueden ser tanto los hijos como los descendientes posteriores.
- La fiducia no agota su alcance en el tercio de mejora, sino que también incluye el de libre disposición.
- No es obstáculo para esta institución, que tanto el testador como el fiduciario tengan descendientes no comunes.

No obstante lo anterior, y en cierto modo debido a la propia complejidad de la institución, no son pocas las cuestiones que todavía –y en una prolongada espera de pronunciamientos judiciales que contribuyan a clarificar las dudas interpretativas y las lagunas que aún presenta– no han sido abordadas²⁴. Así, a modo de ejemplo, se pregunta Seda Hermosín qué ocurre cuando los cónyuges están separados de hecho; cuando el fiduciario ha sido privado de la patria potestad de los hijos (a lo que responde que la fiducia debería darse por extinguida); y por último, cuando contrae nuevo matrimonio –que salvo dispensa del fiduciante conlleva la pérdida de las facultades fiduciarias–, que posteriormente es declarado nulo (a lo que también responde que debe mantenerse la extinción de las mismas por el mero hecho de haber quebrado la confianza)²⁵.

3. FIDUCIA SUCESORIA VERSUS USUFRUCTO UNIVERSAL VITALICIO CON CAUTELA SOCINI: ¿DOS CAMINOS PARA UN MISMO OBJETIVO?

Como hace unos años puso de manifiesto el notario Díez Gómez²⁶, la gran mayoría de matrimonios que acuden a las notarías

²² Como acertadamente subraya GARCÍA RUBIO, criticando la nueva redacción del artículo 831 CC, «desde un punto de vista estrictamente formal el artículo 831 ha pasado a ser un farragoso entramado de normas ordenadas en seis números que pretendidamente recogen las soluciones a los problemas que la doctrina había planteado con el texto anterior, tomando partido en la respuesta a cuestiones discutidas. Como decisión de técnica legislativa no creo que haya sido la mejor opción pues, por más párrafos que se incluyan, la regulación expresa de la institución que nos ocupa siempre será incompleta, debiendo interpretarse e integrarse en relación con todo el sistema sucesorio del CC», *ADC*, 2008, p. 61.

²³ *Vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, *RD*, 2005, p. 22; y ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 120.

²⁴ Como indica CÁMARA LAPUENTE «la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, reformuló el precepto con los seis apartados que ahora lo integran, tratando de dar respuesta a los múltiples problemas que se habían debatido doctrinalmente, resolviendo algunos, callando sobre otros y creando muchas cuestiones nuevas de difícil resolución unívoca», 2016, p. 907.

²⁵ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 269-271.

²⁶ Díez GÓMEZ, *RDN*, 1982, p. 410.

para otorgar testamento llegan con una idea que pronto se desvanece por efecto del respeto obligatorio a la legítima de los descendientes. Su deseo es testar «el uno para el otro y a la inversa», de forma que en lo patrimonial, cuando fallezca el primero, todo continúe igual hasta que se produzca el óbito del cónyuge viudo²⁷. En la mayoría de los casos, ocurre lo que con ciertas dosis de lamento afirma Sapena Tomás²⁸, también notario: «lo cómodo es orillar el problema remitiéndoles al modelo ordinario». Es decir, el testamento en el que se instituye herederos por partes iguales a los descendientes y se establece un legado del usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge viudo combinado con la cláusula o cautela socini –testamento «*prêt à porter*»–²⁹. Siendo también frecuente que la anterior disposición se transforme, a elección del viudo, en un legado alternativo entre el usufructo universal vitalicio o el tercio de libre disposición en pleno dominio más su cuota legal usufructuaria³⁰.

La cuestión que cabe plantearse es la siguiente: ¿quedan los testadores plenamente satisfechos con el otorgamiento del testamento *prêt à porter*? Seguramente, en muchas ocasiones, dicha opción será la «más fácil», puesto que establecer la fiducia sucesoria también exige la concurrencia de ciertas circunstancias que se expondrán a continuación.

Desde luego, si lo que los cónyuges (o en los supuestos de personas no casadas con descendencia común) desean es que sus patrimonios permanezcan como uno solo y al fallecimiento del último se reparta entre sus descendientes por partes iguales, bien

²⁷ En la misma línea, señala MARTÍNEZ SANCHIZ que «en nuestras notarías es un lugar común el matrimonio bien avenido que viene a encargar su testamento con las ideas clarísimas: «Lo mío, tuyo; y lo tuyo, mío; y después a los hijos». Algunos se quedan atónitos cuando se les informa de la legítima filial, pero, en general, se conforman, pues: ¿qué no se va hacer por los hijos?», 2014, p. 971.

²⁸ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 269-271.

²⁹ Sobre la *cautela socini*, entre otros, *vid.*, PÉREZ VELÁZQUEZ, *RdPat*, 2014, pp. 473-492.

³⁰ Modelo de testamento básico con *cautela socini*: «Primera.–Lega a su cónyuge, don XXXX, alternativamente y a su elección, o bien el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia, relevándole de las obligaciones de hacer inventario y de prestar fianza, o bien el tercio de libre disposición en pleno dominio y, además, su cuota legal usufructuaria, facultándole, en cualquiera de los supuestos, para tomar, por sí mismo, posesión de lo legado. Segunda.–En el remanente de sus bienes instituye por sus únicos y universales herederos por partes iguales a sus tres hijos don XXXXX, doña XXXX y don XXXX, a los que sustituye vulgarmente para los casos de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes. Tercera.–Ordena el testador que mientras viva su esposa, y a no ser que ésta lo consienta, no se efectúe la partición de su herencia. Ordenando asimismo que, si alguno de sus hijos o nietos exigiere su legítima o pidiere la intervención judicial en vida de su madre, perderá lo que le corresponda en los tercios de mejora y libre disposición de su herencia, que acrecerá al que acate fielmente su última voluntad reflejada en este testamento. Cuarta.–Revoca expresamente todas las disposiciones de última voluntad anteriores a la presente». Se pueden consultar distintos modelos de testamentos con *cautela socini* en OLIVA BLÁZQUEZ, PÉREZ VELÁZQUEZ y CADENAS OSUNA, 2018, pp. 69 ss.

adjudicándoselos como acuerden, o en pro indiviso para, por ejemplo, proceder posteriormente a su venta, consideramos que el testamento estableciendo el usufructo universal vitalicio con cautela *socini* cumple con dicha voluntad sin mayores alardes. Debe tenerse presente que la fiducia sucesoria, repetimos, exige una gran dosis de confianza en el fiduciario. Además, el fiduciario debe tratarse de una persona cabal y difícilmente influenciable, o de lo contrario, pueden generársele importantes conflictos, no solo internos sino también familiares, como las presiones a las que puede verse sometido por los potenciales beneficiarios de sus decisiones. La decisión sobre el destino del patrimonio se le está delegando al cónyuge o progenitor sobreviviente. Y ello, además, de que si la administración de los bienes sobre los que penden las facultades corresponden al fiduciario, en el supuesto de que se trate, por ejemplo, de una entidad mercantil de cierto volumen, exigiría unos conocimientos empresariales de los que puede carecer. En definitiva, lo que pretendemos poner de relieve es que no en todos los matrimonios o personas con descendencia común se dan los requisitos —personales o psicológicos, o incluso profesionales o de conocimiento en el supuesto de que la administración de los bienes los requiera— que una institución como la fiducia requiere para cumplir mínimamente con el fin perseguido por el testador.

No obstante, es indudable que la fiducia sucesoria también tiene un perfil de testadores *ad hoc*, puesto que las finalidades u objetivos a los que sirve incluye, además del mismo que el testamento con usufructo universal vitalicio con cautela *socini*³¹, otros a los que a continuación haremos referencia.

Si retrocedemos a los orígenes de la institución en nuestro Código civil, lo que cautivó a García Goyena³² fue que dicha fórmula mantenía el respeto y la dependencia de los hijos hacia el cónyuge viudo y se conservaba así la disciplina doméstica manteniendo la paz familiar. Posteriormente, Alpañés³³ nos cuenta que en su época de notario en Asturias empleaba la figura para que el viudo pudiera conservar la cohesión familiar y así permitir que, en los supuestos de que una persona enviudara joven y con una descendencia aún pequeña, pudiera esperar a que sus hijos alcanzaran una edad madu-

³¹ RUEDA ESTEBAN afirma que «la finalidad que se obtenía antiguamente con la figura combinada de la concesión del usufructo universal con la *cautela socini* y la obligación de la facultad de mejorar se consigue actualmente en mayor medida con la institución compleja de la fiducia sucesoria del artículo 831 CC», 2015, p. 1320. Por su parte, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA afirma, en relación al artículo 831 CC, 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», ADC, 2005, p. 1123.

³² GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357.

³³ ALPAÑÉS, RDP, 1953, pp. 273 ss.

ra para ver quién de ellos reunía las mejores condiciones o aptitudes para hacerse cargo de la explotación agrícola, evitando una mala gestión de la misma o incluso que una distribución igualitaria entre todos los hijos hiciera poco rentable dicha actividad.

A los tradicionales objetivos o finalidades, a raíz de la última reforma, se le añadió, aunque más bien se subrayó —puesto que, como ya se ha afirmado, con la regulación anterior también se podía emplear con dicha finalidad—, la de servir de instrumento de protección de los hijos con discapacidad. A las anteriores finalidades, añade Roca Guillamón³⁴ que en ocasiones puede asumir la función de «reequilibrio de la situación patrimonial de los hijos, de acuerdo con sobrevenidas circunstancias». También permite la consideración a efectos sucesorios del patrimonio familiar como uno. Por su parte, Florensa i Tomàs suma una interesante finalidad, «la posibilidad de que el cónyuge supérstite sea quien determine el destino de parte de la herencia de su cónyuge difunto le puede garantizar una mejor atención en la última etapa de su vida, sobre todo si él es el discapacitado y, en general, según su grado de dependencia»³⁵.

De todos los anteriores objetivos o finalidades a los que sirve la fiducia sucesoria se puede extraer que su esencia se encuentra en que permite diferir en el tiempo la distribución y partición de la herencia, no precipitándolas cuando las circunstancias así lo aconsejen. Dichas circunstancias pueden ser las anteriores y todas aquellas que puedan imaginarse (hijos inmaduros, con facilidad para derrochar el dinero, con problemas de adicciones, etc...). También puede resultar un instrumento útil para intentar solucionar situaciones que puedan presentarse en el futuro. Se pueden consignar como ejemplos: poder mejorar al descendiente que cuide al cónyuge viudo, o para ayudar al que siendo padre de familia numerosa tenga problemas económicos, o sin tenerlos, no tiene ingresos suficientes para mantenerla de forma adecuada.

Ya se ha indicado que hacer uso de esta institución aconseja confianza en el fiduciario, y que se trate de una persona con determinación y difícilmente influenciable. A ello debe añadirse que sea relativamente joven, pues poco sentido tendría que un testador de avanzada edad nombrara fiduciario a su cónyuge de la misma edad para que pueda proteger, por ejemplo, a un hijo discapacitado, si, dadas sus expectativas de vida, lo podría hacer directamente el testador *ab initio*.

Por tanto, insistimos en que las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del testador, junto con la idoneidad del fidu-

³⁴ ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4284.

³⁵ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 119.

ciario, deben ser concienzudamente valoradas por el profesional que asesore el testamento. Como subrayó en su día Sapena Tomás, el artículo 831 «supone un reto para el jurista a quien se pide consejo sobre la fórmula más conveniente para testar de consuno los cónyuges bien avenidos»³⁶. Al respecto, afirma Rueda Esteban que «la fórmula de la transcripción en el testamento no deberá ser sencilla, pues la complejidad de las actuaciones y la variedad de posibilidades que presenta hace que su carácter profundamente técnico exija una redacción de la cláusula testamentaria, cuando menos ajustándose a las exigencias de la letra del artículo 831 CC, y si es posible matizando y desarrollando muchas posibilidades que el texto del artículo deja abiertas»³⁷.

La casuística puede ser muy amplia. Seda Hermosín señala que se puede «evitar el inadecuado reparto de los bienes a que obligaría la prematura muerte de uno de los cónyuges, dejando en manos del otro que, una vez crecidos los hijos, situados en el seno de sus respectivas familias, y vista la evolución del patrimonio familiar, distribuya los bienes de la manera más adecuada posible»³⁸. Por su parte, Garrido de Palma cuenta como en el año 1975, recién modificado el artículo 1315 CC, autorizó una escritura de capitulaciones matrimoniales posnupciales —en la que concurría la circunstancia de que el marido se encontraba aquejado de una grave enfermedad—, donde los cónyuges «recíprocamente acudieron al 831... Como existía una hija drogadicta y de vida disipada, se la desheredó —había tenido para con los padres actitudes *non gratas* y vivía desordenadamente, por decirlo con términos suaves—, pero se facultó al supérstite para que siguiera atendiéndola, alimentándola, cuidando su salud, y si se recuperaba *levantar* la desheredación»³⁹.

El objetivo o fin en el que coinciden las dos formas de testar que se vienen comentando, se pone de relieve en los supuestos en los que los cónyuges desean que sus patrimonios permanezcan como uno solo, y al fallecimiento del último se reparta entre los hijos. Ahora bien, si el destino de los bienes, una vez adjudicados a los hijos, es venderlos, posiblemente el testamento básico con cautela socini sea más adecuado por su sencillez. Pero, pensemos en un matrimonio que tiene dos hijos, que no existen bienes gananciales, y que el patrimonio de cada uno es una finca urbana que

³⁶ SAPENA TOMÁS, 1988, p. 982.

³⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1320. En el mismo sentido, indica ROMERO-GIRÓN DELIETO que «el artículo 831 abre tal abanico de posibilidades y plantea tales problemas y alternativas que no creemos posible una fórmula sencilla para su transcripción en un testamento, al menos mientras no haya una elaboración consolidada de la doctrina o jurisprudencia sobre el precepto», *RJN*, 2006, p. 222.

³⁸ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 265-266.

³⁹ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 355.

heredaron de sus respectivos padres. Si la familia llega al acuerdo de que el inmueble del padre sea para un hijo y el de la madre para el otro, dicho objetivo se conseguiría de forma más ágil disponiendo el cónyuge viudo, lógicamente facultado por el otro, que un bien será para un hijo y otro para el otro. Lo anterior viene a significar, como afirma García Rubio, «la consideración del patrimonio de ambos cónyuges como un todo unitario a efectos sucesorios, vieja aspiración en nuestra literatura jurídica y que supone, a mi entender, el paso adelante más significativo de la nueva regulación. Sobremanera se consagra la posibilidad de una atribución o mejorar en cosa ajena como vehículo de satisfacción de un derecho sucesorio»⁴⁰. En estos supuestos, la práctica habitual es que cada testador le deje el bien al hijo que corresponda con la obligación de que éste le pague la legítima en efectivo metálico al otro.

4. NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CÓDIGO CIVIL

De forma aséptica puede afirmarse que la vigente redacción del artículo 831 CC contempla como supuesto de hecho que un cónyuge concede en su testamento al otro cónyuge amplias facultades para que configure su sucesión, o por lo menos parte de ella, disponiendo mejoras, atribuciones y adjudicaciones de bienes del testador en favor de hijos o descendientes comunes⁴¹. Dicho supuesto de hecho se hace extensivo, siendo una novedad introducida por el legislador en el año 2003, a las personas con descendencia común que no estén casadas entre sí. Debe quedar claro que el comitente no está testando por el causante, sino solo cumpliendo o ejecutando una disposición *mortis causa* del premuerto⁴².

Como ya se ha indicado, la institución consagrada en el artículo 831 CC solo puede otorgarse en testamento y tiene su fundamento en la *fides* o absoluta confianza que un progenitor tiene en el otro. Todo ello ha llevado a la doctrina a afirmar con acierto que nos

⁴⁰ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 83. En el mismo sentido se pronuncia GARRIDO DE PALMA al señalar que resulta interesante «en supuestos en que ambos cónyuges tenían claro que *lo de ellos* era un patrimonio y que sus descendientes –menor de edad, discapaz, enfermedad..., empresa familiar– iban a necesitar por el fallecimiento, muchas veces prematuro de uno de ellos, que existiera una regencia. Y me he percatado de que, ajustado al supuesto real y sus circunstancias, puede considerarse más adecuada y aconsejable que el usufructo universal, vía *cautela Socini*, en casos», RJN, 2012, p. 356.

⁴¹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 119.

⁴² Como indica RUEDA ESTEBAN, el fiduciario «no testa por el premuerto aunque ejerza facultades por él delegadas; como la concesión de la facultad de distribuir la herencia, semejante a la que tendría el propio causante», 2015, p. 1315.

encontramos ante una institución fiduciaria, y concretamente ante una fiducia sucesoria o, tal vez más correctamente fiducia testamentaria por ser dicho instrumento de última voluntad la única forma de otorgarla⁴³. Entre otros autores, Roca Guillamón afirma que «la naturaleza de fiducia sucesoria es la que mejor se adapta a la realidad de la delegación de la facultad de mejorar, como se comprueba advirtiendo que solo cuando ha fallecido el cónyuge delegante puede hacer uso de la facultad el delegado, y ello con mayor razón hoy, cuando suprimida la posibilidad de hacerlo en capitulaciones matrimoniales, ha quedado el testamento como único vehículo a través del cual canalizar la delegación»⁴⁴.

El testamento es el cauce prefijado por el fiduciante para transferir al fiduciario las facultades de configuración jurídica de la sucesión mortis causa de su caudal relicto. Como afirma acertadamente Cámara Lapuente, cuando se delegan las facultades de la fiducia sucesoria «el fenómeno sucesorio se descompone en varios momentos y declaraciones de voluntad distintas: en primer lugar, la voluntad del causante que delega, habiendo dispuesto o no de parte de la herencia y acotando o no el círculo de posibles beneficiarios, los criterios de distribución, los bienes comprendidos en la delegación, etc.; en segundo lugar, la declaración de voluntad propia del fiduciario sobre el patrimonio ajeno, ejecutando la encomienda a su arbitrio dentro de los límites fijados por el testador, bien mediante manifestación de quiénes deben ser los beneficiarios de la herencia del causante y su participación, bien, adicionalmente, realizando la distribución o partición concreta de los bienes; o, en palabras del art. 831, mejorando, adjudicando o atribuyendo estos, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos y por cualquier título o concepto sucesorio»⁴⁵.

Resulta llamativo, dentro de la sistemática y de los principios que inspiran el Derecho sucesorio del Código civil, el haz de facultades que permite delegar el artículo 831 CC en favor del fiduciario. Tanto que, de forma muy gráfica, Martínez Sanchiz llega a afirmar que «desde un principio, el 831 se percibe como una nota desafinada, un instrumento de raíz foral, que rompe la armoniosa concepción del cuerpo legal en el que se aloja»⁴⁶.

Como prueba del carácter de cuerpo extraño o precipitado injerto de la fiducia sucesoria en el Código civil, se argumenta que contradice con mayor o menor intensidad varios de sus artículos, y no

⁴³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2015, p. 1122; ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4285; RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1318 y 1331; y SAPENA TOMÁS, 1988, p. 917.

⁴⁴ ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4285.

⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908.

⁴⁶ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 981.

precisamente artículos menores⁴⁷. El tenor literal del artículo 831 CC —«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...»— se presenta proclamándose como una excepción al artículo 830 CC que formula la facultad de mejorar como una característica personalísima: «La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro». Pero como ya se ha afirmado, los actuales contornos de la fiducia sucesoria en el Código civil exceden con mucho de la facultad de mejorar, pudiendo el fiduciario ordenar la sucesión del fiduciante disponiendo de los tercios de mejora y libre disposición, adjudicaciones, atribuciones y particiones por cualquier título o concepto sucesorio. Dicho abanico de facultades nos conduce a calificarla como un negocio de configuración jurídica de la sucesión *mortis causa* de una persona, que supone una excepción material al carácter personalísimo del testamento consagrado en el artículo 670 CC: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente»⁴⁸.

Como ya se ha afirmado, el fiduciario no está testando por el fiduciante, sino que «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 premuerto»⁴⁹. La intervención del fiduciario no adquiere protagonismo en el momento del fiduciante otorgar testamento, lo que supondría una excepción al principio del personalismo formal. Por ello, debe matizarse que el artículo 831 CC constituye una excepción al principio del personalismo material formulado con carácter general en el artículo 670 y del que el artículo 830 es una muestra⁵⁰. La interferencia del fiduciario en la sucesión del

⁴⁷ DÍAZ FUENTES afirma que el artículo 831 representa «una desviación legal del régimen de los artículos 670 y 830,... El artículo 831 presenta una institución totalmente anómala en nuestro Derecho común, no solo en el aspecto histórico, por carecer de precedentes en el Derecho castellano tradicional, sino aun en el marco de nuestro vigente ordenamiento positivo, para cuyos principios sustentadores constituye aquella norma una verdadera subversión jurídica», *ADC*, 1965, p. 877.

⁴⁸ Ya en el año 1953, entre los primeros trabajos de la figura que venimos analizando, ALPAÑÉS, en relación a la primigenia redacción del artículo 831 con facultades más limitadas que las posibilidades actuales, afirmaba que «el artículo 831 constituye un caso en que no se cumple respecto del testamento y de la designación de heredero el personalísimo que caracteriza a la institución; no solo la facultad de mejorar, sino la de distribuir la herencia del cónyuge primeramente fallecido queda cometida con toda libertad al viudo que no contraiga ulteriores nupcias», *RGLJ*, 1953, p. 283.

⁴⁹ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 448.

⁵⁰ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 67; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1122.

fiduciante, como afirma López Beltrán de Heredia, «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)»⁵¹.

Por la amplitud de las facultades que pueden ser encomendadas al fiduciario y de la condición de heredero, en los supuestos de ser el designado cónyuge viudo, la fiducia sucesoria también supone una excepción parcial del párrafo primero del artículo 1057 CC: «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos»⁵². Ello se explica porque las facultades que se le atribuyen al fiduciario exceden de las de un mero contador partidor que se limita a partir la herencia del testador⁵³. Además, no puede ser designado contador partidor un heredero; mientras que en la fiducia sucesoria, en la que en la mayoría de los supuestos el cónyuge viudo será el destinatario del encargo, sí se da la condición de heredero. Y ello, sin olvidar aquellos supuestos en los que siendo el fiduciario una persona con la que se tenga descendencia común, pueda también ser nombrada heredera en el tercio de libre disposición, con o sin adjudicación del usufructo universal y vitalicio en pago de dicho tercio.

Algunos autores han afirmado que el artículo 831 CC también constituye una excepción al párrafo segundo del artículo 1271 CC⁵⁴: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056» al contemplar a la fiducia sucesoria como una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios. Consideramos que la actual fisonomía de la fiducia se aleja de su posible identificación con un pacto sucesorio por los siguientes argumentos: fiduciante y fiduciario no quedan vinculados por el otorgamiento de las facultades fiduciarias en el testamento; no confiere ningún tipo de

⁵¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1122.

⁵² CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1118; RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1314-1315; y VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2054-2055.

⁵³ En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO afirma que el artículo 831 CC «permite conferir unas facultades que exceden de las previstas en términos generales por el art. 1057.1, pues faculta para un contenido que abarca: la facultad de mejorar, es decir, la de determinar porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, tanto respecto al tercio de mejora como al de libre disposición, y la de distribuir, según el prudente arbitrio del propio delegado, los bienes del difunto, implicando un poder particional más amplio que la simple facultad de hacer la partición referida al contador partidor, en términos generales en el art. 1057.1 CC», 1991, pp. 2054-2055.

⁵⁴ MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006 p. 410.

derecho sobre la herencia futura; además, el fiduciante continúa pudiendo disponer tanto *inter vivos* como *mortis causa* de todo su patrimonio; y la comisión que constituye la fiducia sucesoria tiene eficacia *post mortem*, por lo que no producirá, si los tienes que producir, sus efectos hasta el óbito del fiduciante causante⁵⁵.

Una vez que se ha analizado el supuesto de hecho que formula el artículo 831 CC, así como su naturaleza jurídica, debemos subrayar que poco ha contribuido a la puesta en práctica de la institución su ubicación sistemática en el Código civil. El legislador situó al artículo 831 desde su origen en la «Sección 6.^a De las mejoras» como una excepción a la prohibición de delegar o encomendar a otra persona la facultad de mejorar consagrada en el artículo 830. Como se ha indicado, el alcance de la figura es mucho más amplio, no circunscrito a la mera facultad de mejorar, pudiendo disponer también del tercio de libre disposición, distribuir y adjudicar bienes, y realizar la partición y administración de la herencia. Por tanto, ni en su redacción primigenia, donde la extensión de sus facultades creaba dudas interpretativas, ni con la redacción actual, en la que dicha amplitud suscita menos interrogantes, su incardinación como excepción al artículo 830 CC no parece la más adecuada; de la misma forma que tampoco parece correcta su tradicional nomenclatura como delegación de la facultad de mejorar, que reiteramos no dibuja el alcance real de la figura. Por todo ello, consideramos que lo aconsejable sería que su incardinación se llevase a cabo a continuación del artículo 670 CC, como una excepción al principio del personalismo material que preside el Derecho sucesorio de nuestro Código. Sin duda, como es sabido, una ubicación sistemática coherente coadyuva a comprender mejor las instituciones⁵⁶.

5. FALTA DE ARRAIGO Y DESCONOCIMIENTO TANTO TEÓRICO COMO PRÁCTICO DE SU UTILIDAD

Ya se ha afirmado que cuando García Goyena justificaba la inclusión de la fiducia sucesoria en la sistemática del Código, hacía hincapié en que pretendía introducir una institución cuyas bonda-

⁵⁵ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908. Ya, incluso, con la redacción anterior a la del año 2003, que permitía la concesión de las facultades fideicomisarias en capitulaciones matrimoniales, ESPEJO LERDO DE TEJADA, afirmaba que el artículo 831 CC no formulaba ningún tipo de pacto sucesorio, puesto que siempre podrían ser revocadas unilateralmente aunque no fuera en capítulos matrimoniales, lo que argumenta en el carácter revocable que se deriva de que dicho precepto respeta las disposiciones del fiduciante testador, por lo que, como es lógico, el fiduciario no podría ejecutar la fiducia sucesoria contra la última voluntad del testador, 1999, p. 75.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, 2010, p. 950; y RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1318.

des se habían puesto ampliamente de manifiesto en algunos Derechos forales y cuyo fin era el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo y el mantenimiento de la paz familiar. A lo anterior, debe añadirse, como pone de manifiesto Rueda Esteban, que Don Florencio también perseguía «dar satisfacción a los foralistas mediante la inclusión en el texto unificado de Código Civil de una figura tan propia de los territorios forales como esta facultad de distribuir, que resultaba un guiño, mediante la incorporación al sistema de Derecho civil común de una figura semejante a la fiducia sucesoria aragonesa»⁵⁷.

El injerto foráneo, como lo calificó Díaz Fuentes⁵⁸, no agarró hasta el punto de que, como indica Martínez Sanchiz⁵⁹, nació lastrado, o, como afirma Rueda Esteban⁶⁰, su letra nació casi muerta.

Las razones de la falta de arraigo de la fiducia sucesoria en los territorios de Derecho común, son varias: en primer lugar, el hecho de que en su redacción originaria solo pudieran atribuirse sus facultades mediante capítulos matrimoniales y que éstos solo se pudieran otorgar, hasta la reforma en el año 1975 del artículo 1315 CC, antes de contraer matrimonio. Momento que, como pone de manifiesto Rivas Martínez, «era poco oportuno para tomar una decisión de este tipo»⁶¹. A la anterior exigencia, debe añadirse, como señala López Beltrán de Heredia, que «en los territorios de Derecho común no había costumbre de hacer capitulaciones matrimoniales (salvo en lugares muy concretos y aislados)»⁶². En segundo lugar, el requisito de que el otorgante, además, tenía que fallecer intestado, ya que su principal finalidad era evitar los efectos igualitarios que se producían con la sucesión legal⁶³. A las anteriores razones, debe sumarse una no menos importante, la de que la sistemática del Derecho sucesorio del Código civil pivota sobre una concepción amplia de la legítima, que se caracteriza por su intangibilidad cualitativa, además de la cuantitativa, y ello chocaba y sigue chocando con la plena operatividad de la fiducia sucesoria.

Aunque las posteriores modificaciones de la redacción del artículo 831 CC, a las que ya hemos hecho referencia, trataron de revitalizarla, lo cierto es que apenas ha tenido aplicación práctica⁶⁴.

⁵⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1318.

⁵⁸ DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965 p. 879.

⁵⁹ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 1318.

⁶⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1314.

⁶¹ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

⁶² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1118.

⁶³ Sobre la falta de arraigo de la fiducia sucesoria *vid.*, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1118; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 977-978; RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1314; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

⁶⁴ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 58; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 977-978; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

A la falta de arraigo *ab initio* debe añadirse cierto desconocimiento tanto teórico como práctico de su utilidad, a lo que debe sumarse que se trata de una institución que, siendo añeja en el Código, es casi virgen en pronunciamientos jurisprudenciales que le otorguen certidumbre interpretativa, por lo que en la práctica se plantean graves problemas sobre sus exactos límites y muchos interrogantes de difícil solución pacífica⁶⁵. Una de las grandes virtudes de la que gozan los documentos que autorizan los notarios, es la seguridad jurídica, teniendo gran transcendencia en el testamento, capital manifestación de la autonomía de la voluntad, de la última voluntad, ya sea patrimonial o espiritual de una persona. Máxime cuando se trata de un documento sobre cuyo sentido o interpretación, como resulta evidente, no puede consultarse con el que la emitió. Por ello, hasta cierto punto, es comprensible que el Notario, o el Letrado al que se le pida asesoramiento testamentario, dude sobre la idoneidad de aconsejar el otorgamiento de un testamento con las facultades del artículo 831. En este sentido, Díez Gómez afirma que «la institución no es conocida por el público y que los notarios no nos atrevemos a aconsejarla»⁶⁶; por su parte, Martínez Sanchiz indica que «es la típica norma que ahuyenta a los prácticos por su incertidumbre interpretativa»⁶⁷. También, Seda Hermosín subraya que «la institución ha sido poco empleada en la práctica...: primero por la falta de tradición, siendo una institución desconocida y nada arraigada; y segundo, para quienes nos hemos acercado a ella, porque planteaba graves problemas»⁶⁸. Afirma Urrutia Badiola que «resulta curioso comprobar como en una época en la que existe una cierta fascinación por instrumentos sucesorios de la *Common Law* tales como el trust, la fiducia sucesoria sea, sin embargo, para muchos operadores jurídicos, una gran desconocida»⁶⁹.

Curiosamente, los notarios que han abordado su análisis confiesen sus bondades y asumen su responsabilidad en su poca puesta en práctica⁷⁰. Así, Rueda Esteban afirma que «una parte importante de la insuficiente utilización, les corresponde a los profesionales del derecho, y especialmente a los Notarios, que por su proximidad y especial función en los momentos de organizar la sucesión y los protocolos familiares, deben fomentar la utilización de estas instituciones»⁷¹.

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 58; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

⁶⁶ DÍEZ GÓMEZ, *RDN*, 1982, p. 409.

⁶⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 971.

⁶⁸ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 266.

⁶⁹ URRUTIA BADIOLA, 2008.

⁷⁰ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 256; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 266.

⁷¹ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 256.

No obstante las dificultades que conlleva nuestra figura, es pensamiento común entre los notarios que la mayoría de los matrimonios bien avenidos desean dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar al que consideran como una unidad, más aún si se encuentran casados en régimen de gananciales⁷², y que dicho objetivo se alcanza de forma más satisfactoria y eficaz «con la delegación que permite el artículo 831 junto con otras posibilidades sucesorias, como pueden ser el usufructo universal, la prohibición de dividir la herencia dentro de los límites legales, el albaceazgo, la facultad del artículo 1.056 C.c. y, sobre todo, la del 841»⁷³.

En aras de lograr un punto de equilibrio entre las dificultades y bondades que presenta la fiducia sucesoria, debe subrayarse que su proliferación en la práctica dependerá, dado el alto componente técnico que presenta la institución, de la implicación y trabajo en la planificación testamentaria de los operadores jurídicos, principalmente de Notarios y Letrados, pues, como afirma Rueda Esteban, «la fórmula de la transcripción en el testamento no deberá ser sencilla, pues la complejidad de las actuaciones y variedad de posibilidades que presenta hace que su carácter profundamente técnico exija una redacción de la cláusula testamentaria, cuando menos, ajustándose a las exigencias de la letra del art. 831 CC, y si es posible, matizando y desarrollando muchas posibilidades que el texto del artículo deja abiertas»⁷⁴.

6. DELIMITACIÓN DEL FIDUCIARIO Y SUS REQUISITOS ANTES Y DESPUÉS DE PRODUCIRSE EL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE

6.1 PERSONAS A QUIENES SE PUEDEN ATRIBUIR LAS FACULTADES FIDUCIARIAS

El fiduciario –también denominado con los términos de delegado, comisionado o actuante–, es la persona a la que se le atribuyen las facultades fiduciarias. Ya se ha dicho que la fiducia sucesoria contempla como supuesto de hecho que un cónyuge concede en su testamento al otro cónyuge amplias facultades para que configure su sucesión, o por lo menos parte de ella, disponiendo

⁷² Díez Gómez, *RDN*, 1982 p. 410; Garrido de Palma, *RJN*, 2012, p. 356; y Romero-Girón Deleito, *RJN*, 2006, p. 222.

⁷³ Díez Gómez, *RDN*, 1982, p. 410.

⁷⁴ Rueda Esteban, 2014, p. 309.

mejoras, atribuciones y adjudicaciones de bienes del testador en favor de hijos o descendientes comunes. El requisito de que el fiduciario descansa en la persona del otro cónyuge deriva del apartado primero del artículo 831 CC al disponer que «podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento». Desde la primitiva redacción del precepto, la condición de fiduciario había sido exclusividad del cónyuge viudo sobreviviente, situación que ha variado con la nueva redacción del año 2003. El apartado sexto del artículo 831, como cláusula de cierre de la norma, dispone que «las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí». Parece que el legislador, con más de veinte años de retraso, ha recogido el guante lanzado en su día por Díez Gómez cuando afirmaba que «*de lege ferenda* podría defenderse la extensión de la facultad de delegar en favor de la madre de los hijos del disponente, no solo en los casos de nulidad y divorcio sino en los de descendencia extramatrimonial, puesto que el fundamento de la institución puede pensarse que es, más que la *afectio maritalis*, la confianza que se deriva de que el comisario sea padre o madre de los llamados a heredar»⁷⁵.

Por ello, la condición de fiduciario puede recaer tanto en el cónyuge como en cualquier persona con la que se tenga descendencia común, aunque no hayan contraído matrimonio. En otras palabras, el requisito para ser designado fiduciario es tener la condición de coprogenitor con el testador.

No obstante el tenor literal del apartado sexto del precepto, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la extensión que deba darse al supuesto de hecho de las personas con descendencia común, aunque no estén casadas entre sí. Una parte de la doctrina sostiene que la descendencia en común no es suficiente para que pueda constituirse válidamente el encargo fiduciario, exigiendo que haya existido convivencia entre los progenitores. Así, Rueda Esteban afirma que «la norma presupone una relación de hecho con una cierta duración temporal. La pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente algo de convivencia, o al menos una *afectio maritalis*. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Por lo tanto, con la pareja de hecho ocurre lo mismo, pero *de facto*. La confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia, y cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza... es necesario un elemento espiritual de *afectio maritalis* que conforma y

⁷⁵ Díez Gómez, *RDN*, 1982, p. 415.

completa la convivencia *more uxorio* y que determina la existencia de una relación de confianza que en el matrimonio se supone y en la unión de hecho debe reunir los requisitos dichos»⁷⁶.

Parece que dicho autor construye el fundamento de la fiducia sucesoria sobre el triángulo formado por la confianza, la descendencia común y la *affectio maritalis*, haciendo depender la confianza no solo de la prole en común, sino también de la convivencia. Afirma que el artículo 831 «se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores de una descendencia común, por lo que no basta exclusivamente la existencia de esa descendencia, sino que debe ir acompañada de una *affectio maritalis*»⁷⁷.

Consideramos que la actual redacción del artículo 831 CC ofrece indicios suficientes para afirmar que la *affectio maritalis* o incluso su sucedáneo, en forma de convivencia *more uxorio*, no constituyen un requisito de la fiducia sucesoria y ni siquiera de la confianza en la que la misma se fundamenta. El elemento espiritual que reclama Rueda Esteban deriva de que el fiduciario es progenitor del llamado a heredar, lo que supone, en palabras de García Goyena «el amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos»⁷⁸. Los reflejos de la pérdida de protagonismo de la *affectio maritalis* a los que nos hemos referido, se encuentran no solo en el tenor literal del apartado sexto, sino también en la posibilidad de que por efecto de la autonomía de la voluntad del fiduciante pueda subsistir el encargo fiduciario aunque se hubiera producido la nulidad, el divorcio, la separación legal o de hecho de los que un día fueron cónyuges, o la ruptura de los que mantuvieron una relación de hecho con o sin convivencia marital.

Otro sector de la doctrina, al que nos adherimos, sostiene que la mera descendencia en común con el causante es requisito suficiente de validez del encargo fiduciario, sin necesidad de que fiduciante y fiduciario hayan sido pareja de hecho o haya existido una convivencia *more uxorio* o cuasi marital. Por todos, García Rubio sostiene que el apartado sexto del artículo 831 «para nada reclama que los sujetos con descendencia común que pueden protagonizar

⁷⁶ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1324. En la misma línea, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA indica que «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», ADC, 2005 p. 1152.

⁷⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1322.

⁷⁸ GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357.

nuestra figura hayan convivido juntos; como señalan algunos autores, simplemente han de existir los hijos comunes y la confianza en lo que el otro progenitor decida, aunque no exista pareja»⁷⁹.

Después de haber delimitado quién puede ser nombrado fiduciario, consideramos de interés esbozar tres apreciaciones que pueden contener ciertos tintes *de lege ferenda*:

– El apartado sexto del artículo 831 CC tal vez se lo podría haber ahorrado el legislador cambiando en el resto del articulado la expresión «cónyuge» por la de «coprogenitor», o indicando en el apartado primero que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al coprogenitor como fiduciario en testamento, para que fallecido el testador...», y en el resto del articulado emplear la expresión «fiduciario». Además, entiendo que se encuentra mal concordado puesto que remite en bloque –con el peligro que ello conlleva al no tratarse de dos realidades idénticas–, al supuesto de dos personas con descendencia común, a unas disposiciones –los apartados primero a quinto– que construyen un régimen legislativo sobre el presupuesto de un matrimonio preexistente. Lo anterior supone que tengan que aplicarse de forma forzada las referencias a la sociedad de gananciales a la posible existencia de bienes de ambos progenitores en régimen de comunidad ordinaria, por no decir que el legislador presume que todos los matrimonios se casan en régimen legal de gananciales.

– Con la redacción actual queda claro que el fiduciario, sea cónyuge o no, haya convivido con el testador o no, será siempre una persona con la que se tenga descendencia común, es decir, es un encargo unipersonal. Planteamos un supuesto que a primera vista pudiera parecer de laboratorio, pero que podría darse perfectamente en la práctica. Pensemos en el siguiente ejemplo: un empresario joven y próspero al que se le diagnostica una enfermedad terminal, teniendo cuatro hijos menores de edad, o incluso unos mayores de edad y otros menores. Se encuentra divorciado de dos matrimonios, teniendo dos hijos del primero y otros dos del segundo. Dicho señor tiene dos empresas con un capital social y volumen de negocio similares, y su deseo es que los cuatro hijos hereden por partes iguales, pero que los del primer matrimonio hereden la «Empresa A», y los del segundo la «Empresa B». Desea también que cada una de dichas empresas sean dirigidas por el que mejores actitudes presenten para ello. ¿Por qué no podrían ser designadas fiduciarias, encargadas exclusivamente de designar el director de la empresa, las respectivas madres de sus hijos? Máxi-

⁷⁹ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 72. En el mismo sentido *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910; FLORENSA I TOMÁS, 2005, p. 127; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1587.

me cuando las capacitaciones pueden valorarse no de forma caprichosa por sus ex cónyuges, sino fijadas por criterios objetivos como la obtención de mejores niveles de estudio, o de la más íntegra formación para dirigir la empresa. A ello habría de añadirse, que del acierto en la elección del futuro director de la empresa podría depender la viabilidad futura de la misma.

– Al hilo de la anterior apreciación, coincidimos con García Rubio cuando afirma que el apartado sexto del artículo 831 CC «menciona a las personas (no casadas entre sí) que tengan, no hijos comunes, sino «descendencia común», lo que literalmente autorizaría la delegación hecha, por ejemplo, por el abuelo materno a favor del padre de sus nietos, con quien no está casado y con quien comparte descendencia común. No creo que esta sea la voluntad del legislador, que simplemente trata de equiparar a todos los efectos la posición de su viudo y de los hijos nacidos de esa unión matrimonial con la del núcleo familiar compuesto por la persona con quien tuvo hijos sin contraer matrimonio y esos mismos hijos. Fuera de esos supuestos, no cabe la delegación»⁸⁰.

Entiendo que sería razonable plantearse la extensión de la condición de fiduciario a otras personas, o mejor, a parientes por consanguinidad. Si pensamos en el ejemplo arriba descrito, ¿por qué no puede ser el abuelo o la abuela quién designe el futuro director de las empresas? ¿Es superior la confianza que se tiene en un cónyuge o ex cónyuge que la que se puede tener en un padre o una madre, abuelos de los beneficiados por la fiducia? A colación de ello, en relación a la regulación de las instituciones fiduciarias en los Derechos civiles autonómicos, ya ha indicado Cámara Lapuente que, en algunos, son designados fiduciarios «ciertos parientes en favor de los descendientes del *de cuis*, con una clásica finalidad familiar, algunos han ampliado el círculo de posibles fiduciarios y beneficiario incluso a cualquier persona (Aragón, Navarra, Mallorca y Menorca)»⁸¹.

6.2 REPERCUSIÓN DE LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL EN LA SUBSISTENCIA DE LA DELEGACIÓN

Tradicionalmente se ha debatido por la doctrina la repercusión o incidencia del vínculo matrimonial sobre las facultades fiduciarias⁸². Es decir, si la subsistencia del vínculo matrimonial al momen-

⁸⁰ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 72-73.

⁸¹ CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 907-908.

⁸² Entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, pp. 6-8; Díez GÓMEZ, *RDN*, 1982, pp. 414-416; y SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 918-923.

to de producirse el óbito del fiduciante, constituye un presupuesto válido y esencial para que el fiduciario pueda ejecutar su encargo. El artículo 831 CC, en su redacción del año 2003, sí ha regulado en su párrafo quinto los efectos extintivos que determinadas alteraciones de las circunstancias del viudo producen sobre el encargo fiduciario, pero ha guardado silencio sobre los efectos que la separación –legal o de hecho–, el divorcio y la nulidad del matrimonio tienen sobre la fiducia. Problema que parece incrementarse con la posibilidad prevista en el apartado sexto de conceder las facultades fiduciarias al progenitor con el que se tiene descendencia común.

Centrándonos en los problemas generados por las crisis matrimoniales previas al momento de producirse el fallecimiento del testador, tenemos que distinguir dos situaciones:

La primera sería que el fiduciante, una vez producido la separación –legal o de hecho–, el divorcio o la nulidad, le confiriera las facultades fiduciarias al cónyuge separado –de hecho o legal– o excónyuge. Designación que pondría de manifiesto que dichas circunstancias no han hecho mella en la confianza que tiene depositada en su persona. Esta situación no parece plantear problema alguno, puesto que en la actualidad la fiducia sucesoria pivota sobre la relación de confianza entre dos personas con descendencia común. No podrán quedar orilladas las personas en dichas circunstancias respecto de las que sin haber existido nunca vínculo matrimonial, tienen descendientes comunes (art. 831.6.º)⁸³.

La segunda situación –que divide a la doctrina–, se plantea cuando las crisis matrimoniales se producen en el lapso de tiempo que va desde la designación testamentaria del fiduciario hasta el momento de la apertura de la sucesión. Partimos de la base de que el testador no ha previsto expresamente estas circunstancias en el testamento, ya que de haberlo hecho su voluntad soberana habría de ser puntualmente respetada.

Para un amplio sector de la doctrina, la separación legal, el divorcio y la nulidad del matrimonio son causas de extinción de la fiducia⁸⁴. En el caso de la separación legal, sostiene Martínez San-

⁸³ Entre otros, RIVAS MARTÍNEZ afirma que «parece admisible defender y aceptar la validez y subsistencia de la facultad testatoria realizada a favor del excónyuge o del cónyuge separado, pues puede mantenerse, como se ha dicho, que el fundamento de la institución más que la *afectio maritalis*, está en la confianza que se deriva del hecho o circunstancia de que el comisario sea padre o madre de las personas llamadas a heredar.... hay que aceptar con base en el principio de autonomía de la voluntad, que el testador pueda establecer en su testamento que su excónyuge o su cónyuge separado puedan mantener la fiducia sucesoria, aunque su matrimonio no continúe por nulidad, divorcio o separación», 2009, p. 1589. En el mismo sentido, entre otros, MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, p. 413; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 269.

⁸⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1123-1124; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 979-980; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, pp. 412-413; RUEDA ESTEBAN, 2015,

chiz que queda extinguida la delegación argumentando que «avala esta conclusión el sentido común, ante la pérdida de confianza que pone de manifiesto, así como la revocación de los consentimientos respectivos, admitida la demanda (artículo 102-2) y la privación de la legítima al cónyuge viudo conforme al artículo 834 del Código civil: la separación judicial rompe el *favor viduitatis*»⁸⁵. En lo que no coinciden los autores que defienden el efecto extintivo de la separación legal sobre la fiducia es en qué ocurre en los supuestos en los que tras la separación se produce la reconciliación legal prevista en el artículo 84 CC. Por su parte, Rueda Esteban se pronuncia a favor de que la fiducia sucesoria «recobra la vigencia en el caso de reconciliación de los legalmente separados, pues el vínculo matrimonial aún permanece, salvo que el concedente la hubiere revocado en otro testamento. Tenemos como argumentos de analogía el artículo 102 CC, que determina que, admitida la demanda de separación, quedan revocados los poderes concedidos entre cónyuges, el artículo 106 CC, por el que el procedimiento judicial, si hay reconciliación, se vuelve a la situación anterior, salvo la revocación de poderes y consentimientos; y en contra, el artículo 84 CC, que establece que, en caso de reconciliación, se deja sin efecto lo resuelto hasta entonces»⁸⁶. En cambio, autores como Martínez Sanchiz sostienen que «el artículo 84 del Código civil: no reviven el régimen matrimonial de gananciales ni los poderes; sin embargo, el cónyuge recuperará su derecho a legítima. Hay, entonces, una neta separación entre los efectos ya producidos por la separación judicial y los posteriores a la reconciliación como la percepción de la legítima. Si sostenemos, como hago, que la separación judicial extingue la delegación, ésta no revive si no es por medio de un nuevo testamento»⁸⁷.

Afirma Rueda Esteban, entre otros, que, en caso de divorcio, «ya que el matrimonio queda disuelto, la facultad se extingue y no es posible ejercerla»⁸⁸ a lo que añade que la reconciliación posterior —obviamente se refiere a la reconciliación en términos coloquiales o afectivos puesto que jurídicamente la reconciliación solo es posible en los supuestos de los cónyuges separados, pero no en los divorciados en los que el vínculo matrimonial se ha disuelto—, «no produce efectos legales ni se recupera la fiducia extinguida, si bien los divor-

pp. 1322-1323; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 267-269.

⁸⁵ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 979-980.

⁸⁶ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1322-1323.

⁸⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 979.

⁸⁸ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1322.

ciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (artículo 88 CC), y, por consiguiente, volver a concederse la facultad»⁸⁹.

En la misma línea de los supuestos de separación legal y divorcio, cuando un matrimonio es declarado nulo también se extingue la fiducia, lo que no excluye, como ya hemos indicado, que dicha anomalía del matrimonio sea salvada expresamente por el testador. Como indica López Beltrán de Heredia no «cabe la delegación si el matrimonio fue anulado, aunque el cónyuge facultado sea el «cónyuge de buena fe», los efectos del matrimonio putativo no alcanzan a la delegación»⁹⁰.

Mayores dificultades plantea la subsistencia de la fiducia cuando al fallecer el fiduciante se encontraba separado de hecho del fiduciario. Para la corriente doctrinal que se muestra a favor de la extinción de la delegación en los supuestos de crisis matrimoniales, también ocurre lo mismo en los supuestos de separación de hecho. Así López Beltrán de Heredia afirma que «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 hecho»⁹¹. Por su parte, Martínez Sanchiz llega a la misma conclusión tomando como principal argumento «la incongruencia de que sea fiduciario quien no puede ser legitimario (artículo 834 del C.c.). Esta incongruencia no es solo legislativa, afecta directamente al testamento del premuerto otorgado con antelación a la separación, por lo que normalmente reconocerá la legítima del otro esposo; resultará entonces patente el error del testador que dispuso la fiducia respecto de un cónyuge que reputaba legitimario, es decir, no separado; error que determina, en mi opinión, la extinción sin más de la fiducia»⁹². Por último, Rueda Esteban, aunque parece inclinarse a favor de considerar extinguida la fiducia en los supuestos de separación de hecho, insiste en «que se trata de una cuestión que se resolverá con la acreditación de la falta de confianza y por lo tanto se extinguirá la fiducia por falta de presupuesto previo... Desde el punto de vista probatorio, en el caso de separación de hecho entre los cónyuges o de ruptura de la convivencia entre la pareja de hecho, si la separación de hecho consta en documento público fehaciente no habrá dudas, y estará revocada la facultad. En otro caso, entendemos que si el fundamento de la institución es la relación de confianza, esta queda igualmente quebrada con la separación de hecho, si bien se plantea un problema evidente de prueba que judicialmente podría

⁸⁹ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1322.

⁹⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124.

⁹¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124.

⁹² MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 980. *Id.*, también RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1323.

ser establecida»⁹³. Resulta curioso que dicho autor sostenga que se trata de una cuestión que se resolverá con la acreditación de la falta de confianza, y no contemple como acreditación de la ratificación tácita de la confianza el hecho de que el fiduciante no haya revocado el testamento en el que delegaba la fiducia.

Para un sector doctrinal minoritario, al que nos adherimos, la delegación de las facultades fiduciarias subsisten aunque se haya producido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio. Consideramos que el argumento principal para defender la persistencia de la fiducia se encuentra en el fundamento mismo de la institución, en la confianza, a lo que debe añadirse la soberana autonomía de la voluntad. Si el fiduciante concedió libremente dichas facultades al fiduciario, y una vez producida la situación de crisis matrimonial no ha revocado dicha delegación, debe entenderse que la confianza, no en cuanto a su condición de persona de vida en común, sino por su idoneidad y buen juicio como coprogenitor, no ha mutado. A lo anterior debe añadirse que si el párrafo quinto del artículo 831 CC permite que el testador al delegar las facultades fiduciarias pueda dispensar las causas de extinción de las mismas —dispensa que pone claramente de manifiesto el poder de configuración jurídica del fiduciante sobre su propia delegación—, con mayor vigor se podría sustentar su subsistencia cuando producida cualquier situación de crisis matrimonial, el fiduciante pudiendo revocar dichas facultades mediante un testamento posterior, no lo hace. Entre los autores que con mayor solvencia han defendido la subsistencia de la delegación a pesar de los avatares del matrimonio, García Rubio subraya que «la posición contraria no resulta coherente con la posibilidad de que se reconozca la delegación en favor de cualquier padre o madre de la descendencia común, aunque delegante y delegado no se hallaran casados entre sí y aunque no hubiera existido ningún tipo de convivencia entre ambos... no puede aplicarse a este supuesto la tesis mantenida por una parte importante de nuestra doctrina según la cual el artículo 767.1 del CC justificaría la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge por quedar desprovista de causa en la medida en que el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias hechas a favor del esposo o esposa en situación de paz conyugal. Y ello lo creo no solo porque el «beneficio» testamentario previsto en el artículo 831 del CC no supone necesariamente la institución del cónyuge como heredero o legatario del testador, sino porque, aunque esta circunstancia adyacente se diera, la delegación trae su causa en la convicción del testador sobre la idoneidad del delega-

⁹³ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1323.

do para desempeñar su función, y no en la pacífica convivencia matrimonial (o extramatrimonial)»⁹⁴.

Por lo que respecta a las personas separadas de hecho, siendo congruentes con la postura que sostenemos, si pudiendo el cónyuge delegante revocar el testamento no lo hace, nada nos invita a pensar que ha perdido la confianza en su todavía cónyuge, aunque se encuentren separados *de facto*, confianza que continúa apoyándose en los mismos factores que en su día, de forma libre y voluntaria, llevaron al fiduciante a delegar las facultades sucesorias.

Por último, debemos plantearnos qué ocurre en los supuestos de parejas de hecho o de convivencia cuasi marital. Rueda Esteban indica que «la pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente algo de convivencia, o al menos una *affectio maritalis*. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Por lo tanto, con la pareja de hecho ocurre lo mismo, pero *de facto*. La confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia, y cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza»⁹⁵. Un paso más da Martínez Sanchiz que distingue entre dos destinatarios de la delegación; a saber, la «realizada a la pareja, y la otorgada a quien no lo es. En el primer caso, la fidelidad en el sentido expresado por el artículo 831-5 deviene un requisito para el mantenimiento de la delegación, si no media previsión en contrario. No se necesitará, en cambio, esta última previsión, si la delegación recae desde el principio en un progenitor ni casado ni conviviente, sin que sea obstáculo el hecho de que lo haya estado o sido antes»⁹⁶.

En nuestra opinión, y siempre apoyándonos en la confianza generada por la existencia de descendencia en común y en la autonomía de la voluntad del fiduciante, resulta hasta cierto punto casi perverso distinguir entre personas casadas, personas que mantienen una relación *more uxorio* y personas que únicamente tienen dos o más hijos en común sin que haya existido ningún tipo de convivencia, supuesto este último ciertamente complicado, aunque no nos olvidemos de que de un embarazo pueden nacer más de un hijo. Además de los posibles tintes discriminatorios que se pudieran generar entre las distintas realidades, inevitablemente los diversos tratamientos legales crean inseguridad y acaban desnaturalizando la institución en cuestión. Hemos afirmado en muchas ocasiones que con la actual redacción del artículo 831 CC la delegación de las

⁹⁴ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 88.

⁹⁵ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1324.

⁹⁶ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1324.

facultades fiduciarias se fundamentan en la confianza entre los progenitores y, en palabras de Florensa i Tomàs «es la progenitura, y no el matrimonio, el hecho que permite construir sobre él la relación de confianza y que ésta sea tomada en consideración por el Derecho (institución fiduciaria) para fundamentar la delegación *mortis causa* de facultades para favorecer a un descendientes común»⁹⁷.

6.3 EXTINCIÓN DE LA DELEGACIÓN POR LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 831 CC

Tanto en la primitiva como en la intermedia redacción del artículo 831 CC, se exigía como un requisito de validez para el ejercicio de las facultades delegadas, que el fiduciario permaneciera viudo. En definitiva, *a sensu contrario*, contraer nuevas nupcias constituía una causa de extinción de la fiducia. El vigente artículo 831 CC consagra tres causas de extinción de las facultades transferidas, disponiendo en su párrafo quinto 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».

Cuando la cesación de la fiducia estaba circunscrita exclusivamente a contraer nuevas nupcias, Alpañés subrayaba que «su fundamento debe buscarse no en el establecimiento de una a modo de sanción al cónyuge que convoca a segundas nupcias, sino más bien en un deseo de evitar que los nuevos afectos y vínculos que este segundo matrimonio ha hecho surgir, puedan hacer una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente es natural que se le prive de un derecho de elección que de él deriva»⁹⁸. La inclusión como causa de extinción de la fiducia de que el cónyuge viudo mantenga una relación *more uxorio* o cuasi marital, la justifica Florensa i Tomàs en que «la actualización de la norma exigía que ésta no fuera defraudada a través de evitar el matrimonio y estableciéndose, por el contrario, una convivencia *more uxorio*»⁹⁹. En relación tanto a las anteriores causas de extinción como al nacimiento de un hijo no común, estima Rueda Esteban que «una de las razones para pensar que se pierde la confianza es que el supérstite se «distrae» de su actuación como fiduciario por tener una pareja nueva (de hecho o matrimonio) que necesita de su atención. Una mera relación esporádica no distraerá tanto,

⁹⁷ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 140.

⁹⁸ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953 p. 315.

⁹⁹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 128-129.

pero es evidente que un hijo distrae absolutamente»¹⁰⁰. En definitiva, el legislador establece tres causas de extinción que presume que de haber sido conocidas por el fiduciante hubieran hecho flaquear la confianza que tenía depositada en el fiduciario, permitiéndose, eso sí, que el fiduciante pueda dispensar dichas causas de extinción¹⁰¹.

Es fundamental distinguir el momento en el que se produzca cualquier de las causas extintivas anteriores. Si el fiduciario ejercitó todas o algunas facultades antes de convocar a nuevas nupcias o relación análoga, o tener un hijo no común, no se invalidará lo actuado, puesto que la extinción de la fiducia únicamente tiene efectos *ex nunc*. En cambio, no podrá usar las facultades delegadas después de acaecida cualquiera de las anteriores circunstancias, salvo, lógicamente, si hubieran sido dispensadas¹⁰².

Lo anterior nos plantea un problema, no menor, que apunta García Rubio cuando afirma que «la extinción de la facultad de delegación puede llegar a perjudicar, precisamente, a los hijos comunes»¹⁰³. Si cuando se produce cualquiera de las causas de extinción el fiduciario no hubiera ejecutado ninguna de las facultades, en principio no habría problemas, siempre que el fiduciante hubiera previsto en su testamento dicha inacción de su *alter ego* y hubiera ordenado un plan B para su herencia, o incluso no habiéndolo previsto, su herencia nunca quedaría huérfana por acción de la sucesión legal. En cambio, si el fiduciario hubiera ejecutado parcialmente sus facultades, al haber programado, por ejemplo, ir atribuyendo bienes a sus respectivos descendientes comunes al ir cumpliendo determinada edad o alcanzado un concreto nivel de madurez o de estudios, la interrupción de la programación de dichas adjudicaciones a mitad de ejecución, y la entrada en acción de la voluntad «suplente del testador» o de la sucesión legal podría traducirse en un reparto injusto de la herencia, o extraño a la voluntad real de fiduciante causante. Ello podría llevar no solo a perjudicar a los hijos o descendientes comunes, sino también a los no comunes, e incluso a la sucesión en general, puesto que puede que se hubieran alcanzado acuerdos entre los posibles beneficiarios de la herencia (pagos de legítimas mediante bienes hereditarios o no, o mediante efectivo metálico), o incluso con acreedores del causante o de los herederos que pueden quedar frustrados al extinguirse el encargo fiduciario.

¹⁰⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1326.

¹⁰¹ Como afirma CÁMARA LAPUENTE, las causas de extinción de la fiducia parecen partir de «que una nueva relación afectiva análoga o el nacimiento sobrevenido de un hijo no común pone en riesgo la posición del fiduciario como garante de buen arbitrio en la comunidad de intereses con el finado», 2016, p. 910.

¹⁰² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1125-1126; RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1325; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 269-270.

¹⁰³ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 89.

Pensemos en el supuesto de que se hubiera acordado que determinado bien fuera para el hermano que cuidara del miembro de la familia afectado por una enfermedad o discapacidad, y después de hacerlo se extinguiera la fiducia antes de que el fiduciario hubiera adjudicado dicho bien al hijo cuidador. Tal vez una solución a la situación que contemplamos podría ser que la ejecución parcial de las facultades fiduciarias quedasen condicionadas a que el fiduciario hubiese ejecutado completamente la delegación.

En relación a la eficacia de las causas de extinción, el fiduciario —recuérdese que puede ser cualquier persona con la que se tenga descendencia en común, sea o no cónyuge o pareja de hecho— perderá las facultades delegadas cuando contraiga posteriores nupcias o conviva maritalmente con otra persona del mismo o distinto sexo, con independencia de las vicisitudes que pueda sufrir en el futuro dichas situaciones. Si con posterioridad el matrimonio se separa, o disuelve mediante el divorcio, es declarado nulo o vuelve a enviudar, o cesa la convivencia marital, no se reactivarán las facultades¹⁰⁴. Lo mismo debe subrayarse respecto a la descendencia posterior, si con posterioridad el hijo no común fallece.

Respecto al alcance de que el fiduciario haya tenido algún hijo no común, debe destacarse la apreciación de Florensa i Tomàs al decir que «se cumplirá el hecho obstativo siempre que el hijo no común del conferido haya nacido con posterioridad al fallecimiento del causante-testador, pero también cuando haya nacido con anterioridad a dicho fallecimiento, o incluso antes del otorgamiento del testamento, si el nacimiento era desconocido por el causante-testador desde ese momento y hasta su muerte»¹⁰⁵.

En relación al momento en que dichas causas se producen, existe consenso en que su eficacia extintiva se encuentra condicionada a que sean posteriores al fallecimiento del fiduciante, salvo el nacimiento de un hijo no común tenido con anterioridad, pero desconocido por el fiduciario¹⁰⁶. Y ello se justifica en que si se habían producido con anterioridad al fallecimiento, el fiduciante podía haber cambiado el testamento, cuestión que como indica Cámara Lapuente «ocasionaría dificultades probatorias salvo que el causante, para evitar este problema, haga constar su conocimiento en el propio testamento»¹⁰⁷. Coincidimos en que si el fiduciante conocía que el designado fiduciario había contraído matrimonio o relación análoga y no revocaba el testamento, no debe existir ningún problema para la subsistencia de la delegación. ¿Pero, qué ocurriría si dichas circuns-

¹⁰⁴ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1325; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 271.

¹⁰⁵ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129.

¹⁰⁶ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910; y FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129.

¹⁰⁷ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910.

tancias no son conocidas por el fiduciante? Florensa i Tomàs afirma que el fiduciante «siempre puede revocar la delegación otorgando nuevo testamento; la única excepción a la regla general vendría determinada por el desconocimiento del hecho obstativo»¹⁰⁸, que es el nacimiento de un hijo no común. Es decir, se exceptiona la regla general en atención al desconocimiento por parte del fiduciante de que el fiduciario había tenido prole no común, ante lo que hemos de preguntarnos ¿es de menor categoría el desconocimiento de que el fiduciario convive con una persona o que incluso se ha casado?

Finaliza el párrafo que estamos comentando introduciendo otra novedad respecto a las redacciones anteriores, al indicar que «salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa». Establece la posibilidad de que el testador pueda dispensar, entendemos que todas o algunas, las causas de extinción de la vigencia de las facultades delegadas. Con la posibilidad de dispensa de las causas de cesación, como afirma Cámara Lapuente se está «haciendo primar correctamente [la] relación de confianza entre comitente y fiduciario y potenciando la autonomía de la voluntad»¹⁰⁹. Sobre la dispensa se discute en la doctrina si la misma debería ser siempre expresa¹¹⁰, o si también sería válida la dispensa tácita o incluso presunta de la interpretación del testamento¹¹¹. Consideramos que dependerá de si se tratan de hechos conocidos o no por el testador en el momento de otorgar testamento, de forma que los conocidos –y por tanto anteriores al día del otorgamiento del testamento– podrían ser dispensados tanto de forma expresa, como tácita e incluso presunta por la interpretación del testamento, aunque lo lógico e ideal es que al testar se deje constancia expresa de la dispensa. En cambio, respecto a las causas extintivas que puedan darse en el futuro, nos plantea más dudas adoptar una concepción amplia de las posibilidades de la dispensa tácita o presunta. Principalmente de la primera, ya que la dispensa presunta derivada de una adecuada interpretación del testamento puede resultar un mecanismo bastante útil para averiguar la voluntad real del testador. También podría ser un argumento en defensa ya no solo de admitir la dispensa presunta, sino también la tácita, acudir al principio *favor testamenti*. Coincidimos con García Rubio cuando afirma que «hubiera sido preferible que la voluntad expresa del delegante funcionase al revés, esto es, que permaneciese la facultad a pesar del matrimonio, de la relación de hecho, o del nuevo hijo, salvo disposición en contrario»¹¹². Resultaría excesivo presumir, como regla general, que el hecho de

¹⁰⁸ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129.

¹⁰⁹ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910.

¹¹⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1325-1326; y SEDA HERMOSÍN, ASN, 2006, p. 270.

¹¹¹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129; y GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 90.

¹¹² GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 90.

que se produzca cualquiera de las tres circunstancias extintivas repercute automáticamente en la confianza que el fiduciante depositó en su día en el fiduciario, máxime cuando ni el nuevo cónyuge ni la nueva pareja, y tampoco el descendiente no común, adquieren derecho alguno sobre la herencia del fiduciante. Recuérdese que el fiduciario es un mero ejecutor de la voluntad del fiduciante.

6.4 OTRAS POSIBLES CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA DELEGACIÓN POR LA PÉRDIDA PRESUNTA DE LA FIDES QUE LA FUNDAMENTA

En el epígrafe anterior nos hemos limitado al análisis de las tres causas de extinción de la delegación que expresamente fórmula el artículo 831 CC. Dada la sensibilidad de la figura que se aborda, cabe plantearse si tales causas de cesación constituyen un *numerus clausus*, o si, por el contrario, podrían extenderse los efectos extintivos a otros supuestos que pudieran presentarse.

En esta línea, Seda Hermosín, acertadamente, se cuestiona si se extinguiría la fiducia en aquellos supuestos en los que el cónyuge –a lo que tendríamos que añadir el coprogenitor– hubiera sido privado de la patria potestad de los hijos comunes, respondiendo «que en tal caso se extingue la facultad de fiducia sucesoria, porque si el fundamento de la institución es la relación de confianza, ¿cómo no va a quebrarse la relación de confianza respecto del progenitor que pierde la patria potestad? Si su conducta merece el reproche social y de los poderes públicos, con mayor razón merece el reproche del otro progenitor»¹¹³. Añade Rueda Esteban «que pérdida no es suspensión, ni de la titularidad ni del ejercicio, ya que la persona que por su enfermedad o accidente se ve imposibilitada durante un tiempo del ejercicio de la patria potestad, no pierde por esto ninguna confianza»¹¹⁴. Debe diferenciarse entre la privación total de la patria potestad –por ejemplo, el ingreso del progenitor en prisión, o la falta de asistencia y cuidado, que provocarían la extinción de la fiducia, y que consideramos que aunque pueda recuperarse ya ha supuesto la quiebra de la confianza y por tanto la extinción definitiva de la fiducia–, de la extinción parcial o suspensión temporal, en la que tendrían cabida los supuestos de enfermedad o incapacidad, que habrían de analizarse caso por caso para llegar a la conclusión de si la misma supone también la cesación de la fiducia. La casuística puede ser muy amplia; además ya no se trataría solo de evaluar si dicha situa-

¹¹³ SEDA HERMOSÍN, ASN, 2006, p. 270. En la misma línea, GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, pp. 90-91; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 409-410.

¹¹⁴ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 410.

ción, más o menos temporal, supondría la pérdida de la confianza entendida en el sentido de una leal ejecución de la delegación, sino que podría afectar a su propia aptitud. Todo lo anterior, sin descartar que el testador hubiera previsto dichas circunstancias y las hubiera dispensado, o, como señala Seda Hermosín, que «la atribución de la facultad por el progenitor concedente sea posterior a la privación de la patria potestad, supuesto éste de puro laboratorio»¹¹⁵. Dicho autor circunscribe la cuestión a la pérdida de la patria potestad de los hijos comunes de fiduciante y fiduciario, pero ¿qué ocurriría si el fiduciario hubiera perdido la patria potestad de hijos no comunes por no asistirlos o no prestarles alimentos, o incluso por haberlos maltratados? Parece que poca confianza se debe tener en dichas personas, ya sean hijos comunes o no comunes los que padezcan el incumplimiento de los más elementales deberes inherentes a la paternidad.

Otra cuestión que la doctrina ha subrayado es el efecto extintivo que sobre la fiducia produce que el cónyuge hubiera sido justamente desheredado o declarado indigno¹¹⁶. Así, López Beltrán de Heredia afirma que «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»¹¹⁷. Respecto a la primera posibilidad, parece contradictorio que el testador desherede a su cónyuge y lo designe fiduciario. No obstante, creo que la solución a dicha improbable circunstancia debe solucionarse, una vez más, acudiendo a la confianza y a la autonomía de la voluntad. Pueden darse varios escenarios: a) si el testador en el mismo testamento que deshereda al cónyuge, a renglón seguido lo designa fiduciario, no tenemos ninguna duda de que dicha desheredación no afecta a la fiducia. Debe tenerse presente que la delegación no otorga título sucesorio alguno al fiduciario, más si cabe, pudiendo ser el designado un mero coprogenitor sin vínculo matrimonial o de pareja de hecho, por lo tanto, no llamado a la herencia, salvo por posibles atribuciones con cargo al tercio de libre disposición. El supuesto anterior sería un claro ejemplo de confianza expresamente manifestada por el testador al designarlo fiduciario pese a haberlo desheredado. Pensemos, por ejemplo, en el párrafo primero del artículo 855 CC que formula como causa de desheredación «haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales». No consideramos incompatible desheredar al cónyuge por incumplir el deber conyugal de ser fiel, y a continuación nombrarlo

¹¹⁵ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 271.

¹¹⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, p. 432; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1328-1329.

¹¹⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124.

fiduciario. Ser mejor o peor cónyuge no tiene nada que ver con ser mejor o peor padre o madre. b) Otra posibilidad sería que el testador dispusiera en un primer testamento la delegación en favor del cónyuge, y en un testamento posterior lo desheredara sin hacer ninguna referencia expresa a la subsistencia o no de la fiducia. Si en el segundo testamento revoca todas las disposiciones de última voluntad anteriores el problema quedaría solventado. Pero ¿qué ocurriría si no fuera así? Entendemos que si pudiendo haberla dejado sin efecto en el testamento posterior, no lo hizo, nada hace indicar que haya perdido la confianza. c) Una última posibilidad, sería que en un primer testamento desheredará al cónyuge y en otro posterior le delegue las facultades fiduciarias. Por los mismos argumentos expuestos, consideramos que tampoco tendría ningún efecto extintivo sobre la fiducia. Además, debe indicarse que en cualquiera de los tres supuestos anteriores se produciría cierta discriminación en función de que el fiduciario fuera cónyuge o no, puesto que las causas de desheredación solo afectan a los legitimarios.

Por lo que respecta a la indignidad, Rueda Esteban afirma, apoyándose en el artículo 462 del Código de Derecho Civil de Aragón, que «imposibilita al fiduciario para el ejercicio de la delegación con independencia de cuando fuera el momento de producción de la causa: cualquiera que sea ese tiempo, al tiempo de la apertura de la sucesión, antes o después, la indignidad extingue la delegación»¹¹⁸. Consideramos que la indignidad producirá la extinción de la fiducia dependiendo del momento en el que la misma se produzca en relación con el otorgamiento del testamento. Será inocua a la fiducia si el fiduciante la conocía cuando otorgó testamento por aplicación del artículo 757 CC, lo que como es lógico plantea los correspondientes problemas de prueba. Si la causa de indignidad se produce con posterioridad al otorgamiento del testamento, su configuración como sanción o pena civil, dado el carácter reprochable de la conducta, nos inclinan a decantarnos en favor de su consideración como causa de extinción de la fiducia, dejando siempre a salvo que el fiduciario indigno pueda acreditar que el testador le había perdonado, prueba que entendemos que exige, tal y como preceptúa el artículo 757 CC, su plasmación en documento público.

Iniciábamos el presente epígrafe planteándonos si las causas de cesación de la delegación previstas en el artículo 831 CC constituían un *numerus clausus* o no. Consideramos que la respuesta a dicha cuestión es que no son *numerus clausus*. Con independencia de que se prevean expresamente más o menos causas extintivas, la confianza, como esencia de la fiducia sucesoria, no puede permanecer inal-

¹¹⁸ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1328-1329.

terable o impermeable ante los avatares de la conducta o de las circunstancias del fiduciario. El principal problema radica en que resulta imposible prever un listado completo de circunstancias posteriores al óbito del delegante, que presumiblemente hicieran pensar que de haberlas conocido hubieran supuesto la pérdida de la confianza en el fiduciario. Además de la pérdida de la patria potestad o de la concurrencia de alguna causa de indignidad, podría ocurrir que el fiduciario fuera declarado en concurso de acreedores, o pródigo por una mala gestión de sus negocios o patrimonio, adolecer de alguna enfermedad grave o situación de incapacidad con posterioridad a la extinción de la patria potestad –habiendo adquirido ya todos los hijos la mayoría de edad–. O ser condenado por delitos que, llevando o no aparejados penas privativas de libertad, puedan hacer dudar de la idoneidad para ejecutar o seguir ejecutando el encargo fiduciario.

De lo anterior colegimos que la redacción del apartado quinto debería ser modificada. Al tratarse de una institución basada en la confianza, puede ocurrir que los supuestos que contempla no la alteren y que otros no contemplados sí, resultando además ciertamente difícil jugar a adivinos de lo que haría tambalearse la confianza que el fiduciante depositó en el fiduciario. Una solución podría ser que se dejará la contemplación de qué supone o no la pérdida de la confianza en el fiduciario a la autonomía de la voluntad del fiduciante manifestada en el testamento, lo que exige ser conscientes de las circunstancias que de producirse en el futuro extinguirían la delegación, y al no poder ser previsibles todas, introducir como cláusula de cierre el estándar de la persona razonable. Es decir, la delegación quedaría extinguida en los supuestos expresamente establecidos por el fiduciante en el testamento y en todas aquellas circunstancias que, presumiblemente, hubieran motivado que una persona sensata, de diligencia normal y de razonabilidad media, perdiera la confianza en el fiduciario. *De lege ferenda* el tenor literal de un futuro apartado quinto podría ser: «Las facultades conferidas al fiduciario cesarán por las causas expresamente señaladas por el fiduciante y en aquellas no previstas que, de haberlo sido, hubieran supuesto la pérdida de confianza de una persona razonable».

7. FACULTADES DEL FIDUCIARIO

7.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El apartado primero del artículo 831 CC dispone que «podrán conferirse facultades al cónyuge en 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». De su lectura se desprende la amplitud de facultades que pueden ser delegadas al fiduciario para que pueda configurar, total o parcialmente, la herencia del fiduciante¹¹⁹.

Dichas facultades comprenden la posibilidad de realizar mejoras tanto con el tercio de mejora como con el de libre disposición, adjudicar y atribuir bienes; y partir la herencia¹²⁰. Como afirma Vallet de Goytisolo, se «habilita al sobreviviente, para, de una parte fijar el *quantum* de la cuota sucesoria y, de otra, señalar los bienes que deban integrar cada cuota»¹²¹. Debe quedar claro que el fiduciario puede disponer mejoras sin atribuir bienes, limitándose a desigualar entre los llamados a la herencia sin designar bienes concretos; o puede atribuir bienes sin que dichas asignaciones supongan heredar más, ser mejorado¹²². La amplitud de dichas facultades estará siempre sometida a su modulación por el fiduciario, si bien coincidimos con el precitado autor –mutando el término *distribuir* de la redacción anterior por los de *adjudicar* o *atribuir* de la actual–, cuando afirma que «de expresarse solamente que se concede la facultad de distribuir, debe de entenderse comprendida la de mejorar, a menos que ésta resulte expresamente excluida o si el finado ya la hubiere agotado»¹²³.

En definitiva, el fiduciario ocupa una situación similar a la del fiduciante, ya que como indica García Rubio, la sucesión que ejecuta goza de la naturaleza de «una verdadera partición sometida a las mismas exigencias que si fuera realizada por el causante»¹²⁴. Como consecuencia de lo anterior, dicha partición se encuentra sometida a las mismas reglas que si la hubiera realizado el fiduciante: las previstas en el artículo 1056 CC. Sin embargo, al no tratarse de un contador partidor, no le resulta aplicable el artícu-

¹¹⁹ Sobre las facultades del fiduciario *vid.*, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 913-915; FLORENSA I TOMÁS, 2005, pp. 131-133; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 91-98; RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1331-1334; y VALLET DE GOYTISOLO, 1991, pp. 2056-2058.

¹²⁰ Pese a que a primera vista pudiera parecer redundante que se faculte al fiduciario para adjudicar y partir, coincidimos con LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA cuando afirma que «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», *ADC*, 2005, p. 1126.

¹²¹ VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2056.

¹²² SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 943-944.

¹²³ VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2056.

¹²⁴ GARCÍA RUBIO, 2010, p. 951. *Vid.*, también CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 909; RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 441-442; y SAPENA TOMÁS, 1988, p. 947.

lo 1057 CC, ni los artículos 1061 y 1062 CC respecto a la obligación de igualdad y de lotes homogéneos, ni los artículos 1071.1.º y 1075 CC relativos a la evicción y rescisión por lesión¹²⁵.

Deben aclararse dos cuestiones. Primera: una cosa es afirmar que el fiduciario tiene facultades similares al fiduciante, y otra muy distinta, que su posición se identifique plenamente con el mismo, puesto que como analizaremos, tiene limitadas sus facultades por las propias disposiciones e instrucciones del testador fiduciante, ya que, como se ha dicho, se trata de un *alter ego* de éste y su actuación se encuentra en mayor o menor medida guionizada por el mismo. Segunda: cuando el fiduciante, en cumplimiento de la delegación, adjudica o atribuye totalmente o parcialmente bienes, está realizando actos de naturaleza particional imputables a la herencia del fiduciante, sin que en ningún momento dichas atribuciones puedan ser calificadas como donaciones del fiduciante y mucho menos del fiduciario ejecutor¹²⁶.

En los epígrafes siguientes nos vamos a centrar en el análisis de varias cuestiones controvertidas en torno a las facultades del fiduciario que han recibido respuestas dispares por parte de la doctrina. A saber: ¿Puede el cónyuge viudo liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales? ¿Puede el fiduciario designar herederos y legatarios? ¿Qué facultades tiene el fiduciario respecto a la desheredación e indignidad?

7.2 LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

En el presente epígrafe analizaremos si el fiduciario tiene facultades para liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales disuelta tras el fallecimiento del fiduciante, como operación pre-particional, para, posteriormente, ejecutar las facultades fiduciarias. El apartado primero del artículo 831 CC finaliza incluyendo entre las adjudicaciones o atribuciones de bienes que pueda realizar el fiduciario «las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Incluso, en relación con las anteriores redacciones del artículo 831, en las que nada se decía de los bienes de la sociedad conyugal, se ha debatido por la doctrina el papel del fiduciario respecto a la liquidación o no de la sociedad de gananciales¹²⁷. Antes de referirnos a las diferentes posicio-

¹²⁵ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 913; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1331-1333.

¹²⁶ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 909.

¹²⁷ Respecto a la cuestión que planteamos, CÁMARA LAPUENTE indica que «existen respuestas antagónicas antes de la reforma de 2003 y ésta no ha hecho sino enturbiar más

nes doctrinales al respecto, debemos criticarle al legislador, tanto al del año 1981 como al del 2003, a éste con más motivo, por ser del siglo XXI, que presuman que todos los matrimonios se encuentren sometidos al régimen de gananciales; o, lo que sería más grave, desconocer que los regímenes económicos matrimoniales de separación de bienes y de participación también son objeto de liquidación una vez producida su disolución. A lo que, si añadimos que la regulación de la fiducia sucesoria se extiende a las personas que sin vínculo matrimonial ni relación análoga de ningún tipo tengan descendientes comunes, y por tanto, existe la posibilidad de que hayan bienes comunes en pro indiviso ordinario, la literalidad del precepto podría ser «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores», o, incluso, «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores pendientes de liquidación».

Un sector de la doctrina, con el que coincidimos –López Beltrán de Heredia¹²⁸, Florensa i Tomàs¹²⁹, García Rubio¹³⁰ y Rivas Martínez¹³¹, entre otros–, se ha pronunciado sobre la absoluta falta de facultades del fiduciario para otorgar unilateralmente la liquidación de la sociedad de gananciales, y la indispensable concurrencia de los descendientes –comunes y no comunes–; y en el caso de la existencia de prole menor de edad o con capacidad judicialmente modificada, con la presencia de los correspondientes representantes legales, en cualquiera de sus formas tutores, defensores judiciales, etc. Por ello, la liquidación de la sociedad de gananciales –como la de cualquier otro régimen económico o de bienes en comunidad– tendrá que formalizarse según las reglas generales previstas en el Código civil.

Como afirma Florensa i Tomàs «la premisa de la que parte el legislador es que, a pesar de que se pueden adjudicar bienes de la sociedad conyugal, su liquidación todavía no se ha practicado, precisamente porque debe seguir las normas generales de la partición y liquidación de la sociedad conyugal, esto es, debiendo liquidarse con la intervención del cónyuge viudo y los hijos comunes y no comunes del causante y, si alguno de ellos es menor o incapacitado, con las representaciones legales pertinentes»¹³².

Considera excesivo López Beltrán de Heredia, que si se acepta que el fiduciario está facultado para liquidar unilateralmente la

la cuestión al señalar que el cónyuge puede realizar adjudicaciones o particiones “incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”, 2016, p. 914.

¹²⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1134-1135.

¹²⁹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 132-133.

¹³⁰ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 96.

¹³¹ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1606-1608.

¹³² FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 133.

sociedad de gananciales, se pueda dar «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»¹³³. Dicha autora también propone como argumento una lectura a *contrario sensu* del apartado cuarto del artículo 831 CC cuando establece que «el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones», por lo que «cuando no se den estas circunstancias el cónyuge fiduciario no representará a sus hijos comunes, por lo que tendrá que contar con éstos»¹³⁴.

También puede ser argumento a favor de la postura que venimos defendiendo, la interpretación gramatical del precepto: «las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Se autoriza expresamente al fiduciario a atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta, pero pendiente de liquidación, por lo que como indica Rivas Martínez «la norma admite que solo puede llegar hasta ahí, pero niega que pueda actuar más allá de este tope o limitación»¹³⁵.

Otro sector doctrinal, con representantes como Sapena Tomàs¹³⁶, Garrido de Palma¹³⁷ y Rueda Esteban¹³⁸, buscando una solución que posibilite que el fiduciario pueda proceder a la liquidación de la sociedad conyugal sin la concurrencia de los descendientes del fiduciante, sostiene que podrá otorgar la liquidación de la sociedad conyugal siempre que en el testamento se haya nombrado un contador partidor específicamente para dicha operación. Por lo que la liquidación sería practicada por el fiduciario y el contador o contadores partidores *ad hoc*¹³⁹. Incluso, Rueda Esteban trata de buscar más autonomía al fiduciario, sosteniendo que «se debe fomentar la interpretación amplia del artículo 831 CC en aras de lograr una forma de liquidación unilateral para los casos de la fiducia sucesoria. Por esto, creemos que el 831 CC, en su espíritu y en la intención de su redactor, pretende que el fiduciario tiene ciertas atribuciones a favor

¹³³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1135.

¹³⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1135.

¹³⁵ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1607.

¹³⁶ SAPENA TOMÀS, 1988, p. 957.

¹³⁷ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 363.

¹³⁸ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1349-1351.

¹³⁹ Concluye RUEDA ESTEBAN que «ajustándonos a la doctrina y jurisprudencia estrictas no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto, como no sea aplicando la solución notarial de nombrar un contador partidor específico para esta función», 2015, p. 1350.

de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, consistentes en, por sí solo, ordenar que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto y por lo tanto se realice una especie de liquidación parcial respecto de los gananciales»¹⁴⁰.

A pesar de que carecemos de una doctrina jurisprudencial consolidada que clarifique los muchos interrogantes que plantea la fiducia sucesoria, la cuestión que venimos abordando ha sido tratada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.^a) de 30 diciembre de 2015¹⁴¹, si bien no en el sentido que hemos defendido. Dicha sentencia considera que en la *litis* planteada el fiduciario tenía facultades para liquidar la sociedad de gananciales sin necesidad de concurrencia de los dos hijos del fiduciante. Los argumentos que esgrime son los siguientes:

El primero es que «el apartado 1 del artículo 831, al enumerar las facultades que podrán conferirse al cónyuge viudo señala, entre otras «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», de lo que claramente se infiere la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento del causante».

No podemos compartir esta argumentación por no observar la claridad que alega. Como ya hemos afirmado, una interpretación gramatical del precepto nos lleva a afirmar que autoriza expresamente al fiduciario a atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta, pero pendiente de liquidación, por lo que el precepto solo admite que atribuir o adjudicar bienes, pero con la limitación de no poder liquidar.

El segundo es que «los contadores partidores de la herencia están facultados para liquidar la sociedad de gananciales disueltas por muerte del causante sin intervención de los herederos (STS 17-10-2002 y 18-7-2012). Partiendo de esta premisa, en el caso que nos ocupa en el cónyuge fiduciario, como se desprende del testamento otorgado por el causante, concurre no solo la condición de albacea universal, sino además la de contador partidor, que se establece en la siguiente disposición: «el testador, faculta expresamente a su esposa para que pueda hacer la partición hereditaria y adjudicaciones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, si existieren, y aunque estuviera sin liquidar».

¹⁴⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1350.

¹⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.^a) de 30 diciembre de 2015, ponente D. José Luis Díaz Roldán (JUR 2016\54122).

Siendo evidente que para la realización de la partición de la herencia es preciso previamente realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, pero expresamente el propio testador faculta a su cónyuge a que realice dicha liquidación de la sociedad de gananciales al disponer que «si el cónyuge viudo considera procedente para la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales (...)», lo que implica una autorización expresa para llevar a cabo dicha liquidación, no desvirtúa para nada la facultad concedida la disposición testamentaria por la que el causante, en caso de que el cónyuge viudo considerase procedente para dicha liquidación el auxilio de un contador partidor «designa para dicho cargo a los citados don Juan Pedro y don Ángel, conjuntamente y en defecto de alguno de ellos, a don Clemente», pues, aunque no existe en nuestro Derecho la figura de contador partidor «auxiliar», lo cierto es que el contador partidor designado por el causante es su cónyuge viudo, y la intervención de los contadores partidores referidos se limita a una función, si se quiere, de ayuda o asesoramiento de éste, por tanto, es el propio cónyuge quien lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

La resolución judicial que se viene comentando, basándose en dos sentencias del Tribunal Supremo, afirma que los contadores partidores pueden liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos, y a renglón seguido, que en el cónyuge viudo no solo concurre la condición de albacea sino también la de contador partidor, lo que deriva de las amplias facultades que le otorga el fiduciante. Coincidimos con la afirmación de que los contadores partidores pueden liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos, y precisamente por ello discrepamos del anterior razonamiento de la sentencia. Y ello por los siguientes argumentos: a) La sentencia transcribe la cláusula primera del testamento donde se indica que «lega a su cónyuge doña Gracia, en pleno dominio, el tercio de libre disposición de su herencia, en lo que no se haya aplicado a cubrir donaciones formalizadas en vida por el titular, con cuyo legado quedará también pagada de la cuota legal usufructuaria que le asigna el Código Civil» (en dicha resolución, dada la amplitud de facultades particionales delegadas al cónyuge viudo, se le atribuye la condición de contador partidor). Por un lado, coinciden en la persona del fiduciario la condición de albacea y contador partidor; y por otro, la de legatario del tercio de libre disposición, en cuyo pago considera el testador incluido el de su cuota legitimaria, lo que lo coloca en una situación híbrida entre legatario de cuota alícuota y legatario de una cuota usufructuaria. A ello, debe añadirse, en lo que respecta a la liquidación de ganancia-

les, su condición de miembro de la misma. Esta múltiple condición nos parece excesiva y perjudicial para proteger los diferentes intereses económicos de los implicados y pone en entredicho la necesaria imparcialidad del contador partidor. No somos ajenos a que la prohibición contenida en el artículo 1057.1.º CC de no poderse encomendar la partición a un heredero, para un sector de la doctrina es inocua cuando se trata de ejercitar las facultades fiduciarias del artículo 831 CC. Entre otros, afirma Carballo Fidalgo que tal prohibición «se ve exceptuada por el artículo 831, en cuanto permite la delegación al viudo de facultades más amplias y comprensivas de la partición de los bienes del causante («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»)), plenamente compatibles con su eventual participación en la herencia a título de heredero o de usufructuario de cuota»¹⁴². b) En la sentencia se subraya que pese a la existencia de dos contadores partidores expresamente nombrados en el testamento, a los que denomina auxiliares, «es el propio cónyuge quien lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta». Tal absoluta unilateralidad en la liquidación de los gananciales ha sido rechazada de plano por todos los autores que han abordado esta materia, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto.

El último razonamiento de la sentencia es que «debe resaltarse que las amplias facultades que otorga el artículo 831 del Código Civil al cónyuge fiduciario, constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el propio causante, por lo que puede afirmarse que cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades, pero teniendo en cuenta que, como declara la STS de 7 de septiembre de 1998 «el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de gananciales no lo son (...)», ello no impide que se permita al testador delegar el ejercicio de la partición de los bienes de su propiedad al cónyuge viudo, que de esta manera queda autorizado a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales». No coincidimos con el anterior razonamiento. Es cierto que cuando en el ejercicio de las facultades delegadas el fiduciario ejecuta sus disposiciones ostenta el lugar del fiduciante, pero dicho cargo entendemos que se encuentra limitado por lo que el propio fiduciante puede hacer, como que por sí mismo no puede liquidar uni-

¹⁴² CARBALLO FIDALGO, 2011, p. 1737.

lateralmente la sociedad de gananciales. Por tanto, si el fiduciante no puede hacer algo por sí mismo, no va a poder ceder o delegar a otra persona dicha facultad, que, insistimos, no tiene (*nemo dat quod non habet*).

La parte apelante, además, solicita que se declare la nulidad de la liquidación argumentando «la existencia de una autocontratación indebida, al ser efectuada por el cónyuge unilateralmente, pese a la concurrencia de intereses opuestos a los de aquellos». Tal petición no es acogida por la Audiencia afirmando que «existen diversas posturas opuestas en la doctrina científica al determinar si la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta practicada por el cónyuge viudo es un supuesto de autocontratación, estimamos que no es así por la sencilla razón de que, como ya ha sido también expresado, se trata de una facultad concedida al cónyuge fiduciario por el artículo 831 del Código Civil». Por nuestra parte, consideramos que no solo se da un supuesto de autocontratación y concurrencia de intereses opuestos, sino además de una múltiple representación. La viuda fiduciaria interviene como parte de la sociedad de gananciales, contadora partidora, legataria de parte alícuota y como madre de los dos hijos legitimarios. Es difícil encontrar una persona en la que concurren tantas condiciones, y que con ello no surjan problemas. Podríamos, incluso, llegar a admitir que la fiduciaria otorgue facultades o autorización para gestionar los intereses del difunto, pero entendemos que los intereses en juego en la liquidación de gananciales no son los de los cónyuges, sino los del cónyuge supérstite y los herederos del difunto. Dicho interés se concreta claramente en la protección de sus expectativas hereditarias que, como mínimo, son de su legítima. Por ello, debemos concluir que en la liquidación de gananciales tienen que intervenir dichos herederos, y por supuesto los representantes legales cuando existen hijos menores de edad o con capacidad judicialmente modificada. En modo alguno, podría sostenerse que pueda intervenir el defensor judicial de un hijo menor cuando exista contraposición de intereses con el progenitor titular de la patria potestad, y no intervenga el hijo que goza de plena capacidad de obrar.

Por último, siguiendo con nuestro comentario a la sentencia, hemos de realizar una puntualización en torno a lo que podríamos definir como «la salud o la buena salud de la partición hereditaria»; salud que tiene una importante repercusión en la de la familia implicada en estos procesos (hermanos, cuñados, primos, sobrinos, etc...). En la escritura de liquidación de gananciales otorgada por la viuda y los dos contadores partidores «auxiliares», posteriormente rectificada, queda fijado el caudal hereditario del fiduciante

en la cantidad de 3.337.821,08 €, siendo la legítima estricta del recurrente la cantidad de 556.303,51 €. Una vez cuantificadas una serie de donaciones realizadas por la sociedad de gananciales a favor de la única hermana y una sobrina del recurrente, queda fijado el caudal hereditario, actualizado con el IPC, en la cantidad 7.685.232,90 €, siendo la legítima estricta del recurrente la cantidad 1.280.872,15 €. La diferencia entre la legítima estricta calculada según la liquidación de gananciales realizada por la fiduciaria y la establecida en la sentencia es de más del doble. Resulta ciertamente llamativo que no hubieran sido computadas las donaciones dinerarias en favor de la hija y nieta de los cónyuges de cantidades superiores a los 6.000.000 €. Ello nos lleva a concluir que sería aconsejable que en la liquidación de la sociedad de gananciales —o de cualquier otro régimen o comunidad de bienes— intervengan todos los interesados, ya que además de servir para templar los intereses contrapuestos, garantizaría, por lo menos en principio, que el posterior proceso sucesorio no fuera viciado *ab initio* por la preterición, más o menos intencional, de bienes, derechos y acciones, e incluso deudas.

7.3 DESIGNACIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

En el apartado primero del artículo 831 CC se indica que el fiduciario podrá ejecutar las facultades delegadas «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones». No conocemos otros títulos o conceptos sucesorios que la institución de heredero y la designación de legatarios, lo que podría incluso ampliarse al heredero *ex re certa*, legatario de parte alícuota, o cualquier otra nomenclatura o título propio del hábitat sucesorio (heredero o legatario puro o simple, sometido a condición, término o modo, prelegatario, etc.)¹⁴³. Dicho tenor literal parece entrar en contradicción con el artículo 670 CC, que no solo prohíbe testar por otra persona sino también designar herederos o legatarios o dejar su designación sin efecto.

Lo anterior plantea la duda de si la condición de heredero o legatario, en definitiva, el título sucesorio, debe haber sido prefijado por el fiduciante al otorgar testamento, limitándose la actuación del fiduciario a realizar mejoras, atribuir o adjudicar bienes sobre las personas previamente designadas; o si por el contrario, el fiduciario tiene plenas facultades para designar herederos o legatarios siempre respetando las instrucciones o disposiciones realizadas por el fiduciante.

¹⁴³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1127.

A favor de que el fiduciario pueda determinar la condición de heredero o legatario de los sucesores del causante, se pronuncia López Beltrán de Heredia afirmando que dicha «interpretación parece ser más acorde con el sentido literal de la frase y con el análisis conjunto del precepto»¹⁴⁴. También, García Rubio, al indicar que «el comisionado, de no haberlo hecho el causante en su testamento, podrá determinar el título de heredero o legatario de los descendientes favorecidos, que en todo caso serán sucesores del causante»¹⁴⁵. En sentido contrario se pronuncia Rueda Esteban para quien la designación de herederos y legatarios es una facultad exclusiva del testador fiduciante, ya que lo contrario sería convertir la comisión del 831 CC en una auténtica herencia de confianza¹⁴⁶.

Nos posicionamos, en la misma línea que las profesoras López Beltrán de Heredia y García Rubio, a favor de considerar que el fiduciario, salvo voluntad del fiduciante, tendrá facultades para designar herederos y legatarios, pues nos resulta una distonía que una partición adolezca de personas con dicha condición, fundamentalmente la de heredero. Además, si se está confiando la partición de la herencia al fiduciario, qué inconveniente existe para que los beneficiarios ostenten una u otra condición; no tendría mucha lógica que pudiera elegir qué hijos heredan más o menos cuota hereditaria y no pudiera designarlos herederos o legatarios. Tampoco coincidimos con Rueda Esteban cuando afirma que «los hijos y descendientes serán herederos en la proporción que resulte de la distribución hecha por el cónyuge fiduciario, sin que sea necesario decirlo así expresamente en el testamento del causante para entender efectuada la institución de heredero»¹⁴⁷. Y ello porque supondría presumir que el causante considera a todos los hijos como herederos, aunque sean en porciones diferentes, o que dichas atribuciones o adjudicaciones del fiduciario suponen una tácita designación de heredero; o que, por último, se produzca un supuesto de herencia sin heredero en la que todo el patrimonio se haya repartido entre legatarios, que responderán de las deudas del causante.

En apoyo de nuestra postura, además de la interpretación gramatical autorizada por el artículo 3.1.º CC de la expresión «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones», si acudimos al

¹⁴⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1127.

¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 92. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE, no planteándose expresamente las dudas que podría suscitar la cuestión, afirma que ««por cualquier título o concepto sucesorio» (ha de entenderse que también mediante atribuciones en vida del fiduciario aunque merezcan la calificación sucesoria oportuna, como legados o instituciones hereditarias que deben entenderse derivadas directamente del causante», 2016, p. 912.

¹⁴⁶ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 482.

¹⁴⁷ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 259.

criterio denominado «sistematización del contexto interpretativo y finalidad jurídica de la norma», la condición de heredero, fundamentalmente, y la de legatario, en menor medida, son indiscutibles en el sistema sucesorio español. Además de ello, si se tiene en cuenta que la finalidad de la fiducia sucesoria es diferir en el tiempo la partición hereditaria, para su debido cumplimiento resulta necesario designar o señalar la condición que ostentan los beneficiarios de la misma.

Habiéndose afirmado que el artículo 831 CC constituye una excepción al principio del personalismo material que formula con carácter general el artículo 670 CC, lo que conlleva a que el fiduciario no esté testando por el fiduciante, sino que, en función de la mayor o menor amplitud de las facultades delegadas por el mismo, dispone sobre el caudal hereditario del difunto, y salvo disposición en contra del mismo, difícilmente podrá cumplir su comisión si no puede denominar las adjudicaciones o atribuciones que lleva a cabo con un título sucesorio. El testador, al otorgar un testamento concediendo facultades fiduciarias, ordena un reenvío a una voluntad ajena para que ejecute una sucesión, y esa interferencia del fiduciario en la sucesión del fiduciante no debe quedar limitada, salvo voluntad del fiduciante, a distribuir sin designar a título de qué se realiza la atribución.

7.4 DESHEREDACIÓN E INDIGNIDAD

En la doctrina existen discrepancias respecto a las facultades que tiene el fiduciario en relación a la desheredación y la indignidad de los legitimarios del fiduciante.

Respecto a la desheredación, Sapena Tomàs afirma que «la cuestión no es clara cuando precisan declaración voluntaria del viudo (las de los números 1.º y 2.º del art. 853), aunque por las mismas razones que justifican la disposición libre de la herencia se puede mantener la efectividad de la desheredación»¹⁴⁸. Si bien la doctrina mayoritaria sostiene que la posibilidad de desheredar es personalísima del testador e indelegable, así García Rubio¹⁴⁹, Rivas Martínez¹⁵⁰, Cámara Lapuente¹⁵¹, Garrido de Palma¹⁵² y Rueda Esteban¹⁵³, algunos se muestran partidarios de que el fiduciario expresamente facultado por el fiduciante pueda, una vez

¹⁴⁸ SAPENA TOMÀS, 1988, pp. 963-964.

¹⁴⁹ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 74-75.

¹⁵⁰ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1609.

¹⁵¹ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912.

¹⁵² GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 355.

¹⁵³ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1330.

observada la conducta posterior o arrepentimiento del desheredado, dejar la desheredación sin efecto. Así, Garrido de Palma habla «de levantar la desheredación»¹⁵⁴. En la misma línea, Rivas Martínez se muestra partidario de que «el mantenimiento y subsistencia de esa desheredación testamentaria puede dejarse al arbitrio del cónyuge supérstite. Tanto es así, que puede el causante condicionar los efectos de la desheredación a la valoración que pueda hacer el fiduciario delegado de la conducta posterior del desheredado, dejando a su arbitrio la apreciación del arrepentimiento y, en consecuencia, el perdón oportuno»¹⁵⁵. Por nuestra parte, apoyándonos en que la posibilidad de desheredar es personalísima e indelegable, consideramos que el fiduciario ni puede desheredar ni dejar sin efecto la desheredación dispuesta por el fiduciante. A lo anterior, habría que añadir que, si el fiduciante sufrió una acción acreedora de la desheredación, y así lo plasmó en su testamento, se plantea la duda de si producido su fallecimiento, y por tanto cristalizada la acción, pueda ser perdonada o levantada por persona distinta de quien la padeció.

Por lo que respecta a la indignidad, Sapena Tomàs sostiene que «si el difunto tuvo conocimiento de ellas y pudiendo hacerlo no las dispensó, el fiduciario no podrá contrariar su presunta voluntad, cual si expresa fuere, por tratarse de *disposiciones del causante*; pero si murió sin saberlas ni dispensarlas, el viudo, que luego las conoce, puede excusarlas en decisión que forma parte del encargo familiar que ha recibido»¹⁵⁶. No compartimos que el fiduciario pueda o no rehabilitar al indigno en función de que el fiduciante conociera o no la causa de indignidad. Siguiendo el mismo razonamiento que hemos aplicado a la desheredación, si la rehabilitación del indigno es una facultad personalísima del fiduciante e indelegable y exclusiva del mismo, no tendrá el fiduciario facultad alguna al respecto. Como afirma Rueda Esteban «las causas de indignidad son legales, por lo que producen sus efectos con independencia de la decisión del fiduciario y en relación exclusivamente al conocimiento de ellas que tuviese el testador. Por lo tanto, si existía una causa de indignidad y el testador había rehabilitado al indigno no será modificada la situación por la fiducia. Si se incurrió en indignidad y no hubo rehabilitación por el testador, no cabrá tampoco que lo haga el fiduciario, puesto que de una facultad personalísima se trata»¹⁵⁷.

¹⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 355.

¹⁵⁵ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1609.

¹⁵⁶ SAPENA TOMÀS, 1988, pp. 963-964.

¹⁵⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1330-1331. *Vid.*, GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 75.

8. LÍMITES SUBJETIVOS DE LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Las facultades del fiduciario están limitadas desde un punto de vista subjetivo a un determinado círculo de personas. El apartado primero del artículo 831 CC establece que las facultades conferidas podrán realizarse «a favor de los hijos o descendientes comunes». A diferencia de sus anteriores redacciones, que únicamente hacían referencia «a los hijos comunes», con las discrepancias que ello suscitaba en la doctrina en relación a si debían considerarse incluidos los descendientes de ulterior grado¹⁵⁸, la actual despeja toda duda al señalar como potenciales beneficiarios –sujetos pasivos de la fiducia–, a los hijos y descendientes. Se trata, como afirma Alpañés, de «una disposición *incertus ex certis personis*»¹⁵⁹, pero siempre con la cualidad de ser descendientes, de primer o ulterior grado, comunes a fiduciante y fiduciario¹⁶⁰.

En la actualidad, si ponemos en conexión la expresión «a favor de los hijos o descendientes comunes» del vigente artículo 831 CC con las facultades de mejorar formuladas en los artículos 823 CC¹⁶¹ y 824 CC¹⁶², no nos cabe duda de que el fiduciario, siempre que no contradiga la voluntad del fiduciante, podrá mejorar a cualquier descendiente de segundo o ulterior grado, existiendo o no hijos, es decir, descendientes de primer grado¹⁶³.

También debe quedar claro que la existencia de descendientes no comunes no supone un obstáculo al ejercicio de las facultades del fiduciario, ya que dejando aparte los supuestos que pudieran suponer la extinción de la fiducia, es perfectamente posible la ejecución de la comisión cuando coexistan hijos no comunes e hijos comunes. Así lo contempla expresamente el apartado cuarto del artículo 831 CC: «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descen-

¹⁵⁸ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 306-308.

¹⁵⁹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, p. 306.

¹⁶⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 134; CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1129; y RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 423.

¹⁶¹ Artículo 823 CC: «El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima».

¹⁶² Artículo 824 CC: «No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes».

¹⁶³ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 425-426.

dientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido». Ahora bien, que dicha coexistencia no impida el ejercicio de las facultades fiduciarias, no debe hacernos olvidar que los únicos y exclusivos destinatarios de tales facultades sean los descendientes comunes¹⁶⁴.

Por lo que respecta a los beneficiarios o sujetos pasivos de la fiducia, queda claro, con la actual redacción, que tendrán que cumplir siempre la condición de ser descendientes comunes de fiduciante y fiduciario. Pero, sobre esta cuestión, al igual que de otras muchas de la figura que analizamos, se nos plantea la duda sobre lo que el artículo 831 CC podría, o debería permitir y no lo hace¹⁶⁵. Debe destacarse que en la actualidad el concepto de familia se ha flexibilizado. Por ello, nos planteamos si podría introducirse en una futura redacción que también pudieran ser beneficiarios los hijos no comunes, máxime ahora que el fundamento de la fiducia se ha focalizado en la confianza y no en el matrimonio. El fiduciario no dispone de sus bienes, sino que ejecuta un encargo del testador. Si existiera la posibilidad apuntada, sería lógico pensar que en la mayoría de los casos el fiduciario pudiera tratar de beneficiar a los hijos comunes en detrimento de los no comunes, pero ahí es donde debe entrar la voluntad del testador para fijar o modelar la actuación del fiduciario estableciendo límites y condiciones.

La cuestión de incluir como potenciales beneficiarios de las facultades fiduciarias a los descendientes no comunes ya ha sido tomada en consideración por algunos autores que, incluso con la redacción actual, sostienen que dicha posibilidad no está vetada. Al respecto, afirma Albaladejo García, «que la inclinación del supérstite a favor de sus hijos y del causante más que a los solo del causante, es éste el llamado a tomar medidas para evitar que dé lugar a injusticias, pero si a pesar de todo confió la facultad al supérstite, sin más tomar esas ciertas medidas de protección a los hijos solo suyos, es que tendría seguridad y daría por bueno de antemano lo que haría su viudo, amén de que puesto el difunto a estar sometido a la influencia de su cónyuge, hasta pudo éste convencerle de que él mismo hiciese la mejora a favor de los hijos comunes»¹⁶⁶. En la misma línea, Rivas Martínez afirma que si bien una interpretación

¹⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1129; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 423-424.

¹⁶⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 137.

¹⁶⁶ ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, p. 6.

estrictamente literal del apartado cuarto del artículo 831 CC no parece permitir la inclusión de los descendientes no comunes, «en situaciones matrimoniales de absoluta confianza entre el causante y su cónyuge sobreviviente, no se aprecia inconveniente alguno para que pueda delegarse esa facultad, cuando es precisamente el propio testador el que conoce de primera mano la verdadera situación familiar y la concordia entre el viudo y los hijos no comunes. Todo depende de la confianza que el testador tenga en el sentido de la justicia y equilibrio de su cónyuge por lo que creemos, que nada obsta para que el causante pueda hacer las disposiciones y mejoras que crea oportunas a favor de ellos»¹⁶⁷. Reiteramos nuestra coincidencia con dichos autores en que el artículo 831 CC debería permitir que fueran potenciales beneficiarios los hijos no comunes, pero en modo alguno coincidimos con que la actual redacción lo permita. Rivas Martínez llega incluso a admitir que puedan ser beneficiarios de las facultades fiduciarias no solo los descendientes no comunes, sino incluso terceros extraños¹⁶⁸.

9. LÍMITES OBJETIVOS DE LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO

9.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Las facultades del fiduciante se encuentran limitadas en un doble nivel o sentido: por los límites legales y por los establecidos por el fiduciante o límites voluntarios¹⁶⁹.

En lo que respecta a los límites o imperativos legales, resulta lógico que las facultades del fiduciario, como *alter ego* del fiduciante, se encuentren restringidas en la misma medida en que lo estarían para éste al otorgar testamento, lo que obliga a poner en conexión al artículo 831 con las demás normas del Código civil. De modo ejemplificativo pueden enumerarse: el sistema legitimario, con especial hincapié tanto en la intangibilidad cuantitativa como en la cualitativa; reservas hereditarias; inoficiosidad y reducción de las donaciones, etc.

A los anteriores límites legales, se añade que las facultades del fiduciario, como ejecutor de la herencia del fiduciante, quedan

¹⁶⁷ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1604-1605.

¹⁶⁸ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1605.

¹⁶⁹ Sobre los límites legales y voluntarios de las facultades del fiduciario, *vid.*, entre otros: ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 313-314; DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965, pp. 903-904; RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1600-1606; RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1334-1342; SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 959-961; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 274-276.

sometidas a la voluntad, a las disposiciones del mismo. Éstas pueden presentarse en forma de disposiciones testamentarias (por ejemplo: legados con cargo al tercio de mejora o de libre disposición, o incluso de ambos, en favor de algún hijo o descendiente, o en el caso de la parte libre en favor de un tercero); o fuera del testamento, ya tengan la naturaleza de actos *inter vivos* (por ejemplo: donaciones colacionables o no), o de actos *mortis causa* (por ejemplo: promesa de mejorar o no mejorar). En definitiva, el fiduciario debe tener siempre muy presente la voluntad del premuerto –en general–, y los actos dispositivos ya sean *inter vivos* o *mortis causa* –en particular–. El margen de maniobra del fiduciario queda circunscrito allí donde no ha llegado la voluntad del fiduciante.

Al hilo de los límites que han sido descritos, y dadas las amplias facultades que se le pueden delegar al fiduciario, tal vez podría tomarse como punto de partida una redacción que podríamos denominar de «máximos», es decir, más que fijar qué puede hacer el fiduciario, indicar lo que le está vetado. De tal forma que la regla sería que el fiduciario tuviera como límites los derivados de la relación entre el artículo 831 con las normas imperativas del Código civil, que ya hemos denominado «límites legales», y los límites derivados de la autonomía de la voluntad del testador (donde podrá modelar o configurar la forma en la que desea que su *alter ego* ejecute su última voluntad)¹⁷⁰. Por ello, algunos apartados del actual precepto podrían desaparecer al quedar integrados dentro de los límites anteriores.

9.2 RESPETO A LAS LEGÍTIMAS ERICTAS DE LOS DESCENDIENTES COMUNES

En lo que respecta a las legítimas de los descendientes comunes, debe realizarse una lectura conjunta del apartado primero del artículo 831 CC («podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes... incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar»), con el párrafo primero del apartado tercero («el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos»), y, por último, con el párrafo tercero del

¹⁷⁰ Como afirma FLORENSA I TOMÀS, «el verdadero límite en el ejercicio de las facultades delegadas lo determinará el mismo causante, a través de su voluntad manifestada en el testamento. Si bien se mira, y excepción hecha del origen legal de la intangibilidad de las legítimas, la norma se limita a proteger la autonomía privada del causante», 2005, p. 136.

apartado tercero («se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades»).

De los anteriores apartados pueden destacarse tres aspectos:

a) El fiduciario, al ejecutar la comisión, tendrá que respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes. Desde el nacimiento del artículo 831 CC ha estado siempre presente la referencia al respeto de la legítima. En su originaria redacción, y en su reformulación del año 1981, se decía «sin perjuicio de las legítimas». Aunque pudiera parecer *prima facie* como una repetición innecesaria de la protección de la legítima que como criterio general formula nuestro Código civil, Alpañés lo justificaba afirmando que «de una parte, el deseo del legislador de poner siempre de manifiesto ese necesario respeto a la cuota legitimaria de los herederos forzosos; de otra, dejar bien patente la diferencia entre este precepto, ínsito en nuestro Código civil, y el foral de donde trae causa, en el cual las legítimas tienen entidad mucho menor no solo en orden a su cuantía, sino en relación a su forma de pago; por eso el legislador se ha cuidado mucho de imponer esa limitación»¹⁷¹. En la misma línea, Rivas Martínez señala que «lo que hace esta norma es recordar al intérprete que las legítimas de los no beneficiados, son un muro insalvable en la actuación del supérstite»¹⁷². Como ya ha resaltado la doctrina¹⁷³, es la primera vez que el Código civil recoge la expresión «legítima estricta», previamente consolidada en la doctrina y en la jurisprudencia. Las sucesiones en las que solo concurren descendientes comunes son las que conceden mayor protagonismo a las facultades fiduciarias, ya que únicamente han de ser respetadas las legítimas estrictas¹⁷⁴.

b) Por lo que respecta a la forma de pago de la legítima, es decir, a la naturaleza de los bienes con los que se satisface dicha porción, además de con los bienes privativos del causante, los apartados anteriores autorizan el pago con «bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar» y «con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades». Que la norma autorice el pago de la legítima con bienes del fiduciario o con bienes de la sociedad de gananciales disuelta sin liquidar, probable-

¹⁷¹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, p. 303.

¹⁷² RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1601.

¹⁷³ Entre otros CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 917; y GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008 *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁴ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 135.

mente representa como afirma, entre otros, García Rubio «la novedad más trascendente de la reforma del precepto en 2003 y supone que, en este caso, la legítima es claramente *pars valoris*»¹⁷⁵, por lo que en definitiva el derecho de crédito en el que se concreta la legítima puede ser satisfecho mediante efectivo metálico o con bienes, ya sean o no hereditarios.

En relación a que el fiduciario pueda pagar las legítimas, o cualquier disposición testamentaria del fiduciante, con cargo a sus propios bienes o con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, coincidimos con López Beltrán de Heredia cuando afirma que «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»¹⁷⁶. Y sin ser ajenos a que incluso en los supuestos de partición conjunta pueden generarse problemas, consideramos que si la ejecución de las facultades fiduciarias no se van a realizar en testamento, la posibilidad de pagar legítimas o cualquier otro derecho sucesorio en vida del fiduciario con bienes propios o de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada presenta problemas de difícil solución. Pensemos en que posteriormente el fiduciario tiene más descendientes, o que su patrimonio sufre una importante merma acompañada de que pagó derechos hereditarios de sus primeros hijos con bienes privativos, de lo que se puede derivar que a su fallecimiento no queden bienes suficientes para cubrir las legítimas de los hijos posteriores. A ello, podría añadirse que futuros acreedores del fiduciante pudieran esgrimir que al pagarse derechos hereditarios procedentes de la herencia del fiduciante con bienes del fiduciario, se han menoscabados sus legítimas expectativas de cobro. Aunque el pago de los derechos hereditarios con bienes propios del fiduciario o gananciales no esté limitado a los supuestos de partición conjunta a la muerte del fiduciario, es el escenario en el que lo consideramos más aconsejable.

c) La cuestión de si el fiduciario puede aplazar la entrega de la legítima estricta de los descendientes comunes hasta que cumpla el plazo establecido por el fiduciante o el supletorio de dos años legalmente establecido para ejercer las facultades fiduciarias, divide a la doctrina. El artículo 831 CC guarda silencio sobre la posibilidad de tal aplazamiento, que sumado a la locución «respetar las legítimas estrictas» lleva a autores como Cámara Lapuente¹⁷⁷, García

¹⁷⁵ GARCÍA RUBIO, 2010, p. 951. *Vid.*, también, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 917; FLORENSA I TOMÁS, 2005, p. 135; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1338-1339.

¹⁷⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, ADC, 2005, p. 1146.

¹⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 917-918.

Rubio¹⁷⁸, López Beltrán de Heredia¹⁷⁹ y Rivas Martínez¹⁸⁰, con los que coincidimos, a manifestarse en contra de dicho aplazamiento. De la misma forma que el legislador establece expresamente que se puedan pagar dichas legítimas con bienes de la sociedad de ganancias disuelta pero no liquidada o con bienes propios del fiduciario, lo que supone una importante excepción al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, podía haber dispuesto dicho aplazamiento; y al no haberlo hecho y encontrándonos con la legítima como una figura capital en la materia, lo más razonable parece no presumir que se puede aplazar su pago. Además, una cosa es delegar o comisionar al fiduciario la ejecución de la herencia y otra estrangular los derechos legitimarios mínimos de los descendientes. Y ello, dejando aparte que el testador hubiera podido combinar el artículo 831 CC con el 1056.2.ª CC, lo que permite, porque expresamente lo contempla, el aplazamiento del pago de la legítima cuando se persigue «la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas». Otro sector de la doctrina, integrado por notarios como Garrido de Palma¹⁸¹, Martínez Sanchiz¹⁸², Romero Girón-Deleito¹⁸³ y Rueda Esteban¹⁸⁴, se pronuncia favorablemente al aplazamiento del pago. No somos ajenos a que el aplazamiento del pago de la legítima impregna de mayor fuerza o eficacia a la fiducia, y posiblemente sea lo que echen de menos dichos notarios en su práctica profesional para aconsejar la figura, pero no encontramos argumentos para defender otra excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima. Por mucho que actualmente pueda discutirse nuestro sistema de legítimas, es el que tenemos. No será posible el aplazamiento salvo en aquellos supuestos en los que legalmente se sancionen excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima.

En la misma línea que se sostiene en este trabajo se ha pronunciado la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015 afirmando que «no puede diferirse *sine die* a que el cónyuge viudo ejecute la fiducia para que los descendientes comunes que sean legitimarios puedan percibir la legítima estricta a la que tienen derecho». La Audiencia apoya dicha afirmación acudiendo a dos criterios. En primer lugar, a la interpreta-

¹⁷⁸ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 108-109.

¹⁷⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1147.

¹⁸⁰ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1601-1602.

¹⁸¹ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 369.

¹⁸² MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 995-998.

¹⁸³ ROMERO GIRÓN-DELEITO, *RJN*, 2006, pp. 223-224.

¹⁸⁴ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1339-1341.

ción gramatical de la locución «resulten suficientemente satisfechas». Así, razona que «debe tenerse en cuenta que el vocablo «satisfechas», según el Diccionario de la Real Academia es un tiempo del verbo satisfacer, que proviene del latín *satisfacere*, que significa pagar enteramente lo que se debe. Por lo que indudablemente si el límite impuesto por el citado artículo al fiduciario es el respetar las legítimas, y en él se fija que se entenderán respetadas cuando sean satisfechas, la interpretación gramatical no puede ser otra que el legislador se refiere a cuando [las legítimas estrictas] sean pagadas por entero». Y en segundo lugar, al criterio que el Tribunal Supremo denomina de «sistematización del contexto interpretativo y finalidad jurídica de la norma»: «por cuanto, aunque en el sistema sucesorio recogido en el Código Civil uno de los principios que lo rigen es la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio, verdadero fundamento de la sucesión testada que se basa en el principio de la propiedad privada y en el principio de la autonomía de la voluntad, ambos reconocidos en la Constitución Española, artículo 33.1 y deducidos del artículo 658, primer párrafo, primer inciso, del Código Civil, dicho principio no tiene un carácter absoluto, pues tiene el límite establecido a la facultad de disponer *mortis causa*, en el artículo 808 del expresado Código, que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813». En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 86 de Madrid de fecha 1 de abril de 2013 objeto del recurso de apelación, se admitió que el aplazamiento del pago de la legítima pudiera durar toda la vida del fiduciario si optaba por ejercitar las facultades fiduciarias en su testamento. Tal interpretación del artículo 831 CC no es correcta para la Audiencia, ya que «implica la imposición de un gravamen contrario al artículo 813, párrafo segundo del Código Civil». Concluye la Audiencia, que «aunque el precepto guarda silencio al respecto, debe entenderse que dicha legítima estricta deberá ser abonada una vez abierta la sucesión, y fijado su importe»¹⁸⁵.

9.3 LA NO ALTERACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS LEGÍTIMAS DE LOS DESCENDIENTES NO COMUNES DEL CAUSANTE

En lo que respecta a las legítimas de los descendientes no comunes, el párrafo primero del apartado cuarto del artículo 831 CC

¹⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015, ponente D. José Luis Díaz Roldán (JUR 2016\54122).

dispone que «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común». A diferencia de la concurrencia con los hijos comunes, donde el fiduciario deberá respetar las legítimas estrictas, en lo que respecta a los no comunes, se señala en el precepto que el ejercicio de las facultades sucesorias no podrá alterar el régimen de las legítimas.

Es pacífico en la doctrina que el pago de la legítima de los hijos no comunes no puede ser aplazado; y que la misma debe ser pagada con bienes hereditarios, ya que la posibilidad del fiduciario de pagarla con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y con bienes propios queda limitada a los supuestos de los descendientes comunes¹⁸⁶.

En cambio, se discute en la doctrina el alcance que tiene la locución «no alterará el régimen de las legítimas» respecto a si el fiduciario tiene que respetar la estricta o la amplia. Para Albaladejo García, el fiduciario no tiene «más límite que el de la legítima corta de todos los descendientes» sin distinguir entre comunes y no comunes¹⁸⁷. Por su parte, Florensa i Tomàs sostiene que la delegación de las facultades fiduciarias no afecta a los descendientes no comunes que «tendrán derecho a la legítima amplia»¹⁸⁸. En el mismo sentido, López Beltrán de Heredia indica que se tiene que «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»¹⁸⁹. Estimamos más adecuada una tercera opinión doctrinal que introduce una importante matización respecto a los dos autores anteriores. La matización es que, a falta de disposición expresa del fiduciante en el testamento, los derechos legitimarios de los descendientes no comunes no quedan limitados a su porción de legítima estricta, sino que se extienden a su legítima amplia o larga. En este sentido, García Rubio afirma que la opción que «en verdad no altera el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes y que supone el respeto *tout court* a la legítima de éstos; según esta tercera opción –siempre a falta de atribuciones del causante– los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse iguali-

¹⁸⁶ Entre otros, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 919; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1336-1337.

¹⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, *RD*, 2005, p. 6.

¹⁸⁸ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 135.

¹⁸⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1129.

tariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o a algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos mismos sujetos, pero en ningún caso con la de los comunes»¹⁹⁰.

10. CONCLUSIONES

Llevado a cabo un recorrido por las diversas redacciones del artículo 831 CC; realizado el estudio de su naturaleza jurídica, y valoradas las distintas opiniones de la doctrina científica en torno al mismo, consignamos, entre otras y en extracto, las siguientes conclusiones:

I. La falta de arraigo de la fiducia sucesoria en los territorios de Derecho de Común, su defectuosa técnica legislativa, y que, aun siendo una figura añeja en el Código, es casi virgen en pronunciamientos judiciales que le otorguen certidumbre interpretativa, plantea graves problemas sobre sus exactos límites y muchos interrogantes de difícil solución pacífica.

II. En la práctica testamentaria —como fórmula cómoda— se ha impuesto entre los cónyuges el otorgamiento de los testamentos con usufructo universal vitalicio combinado con la *cautela socini*. Mas si lo que se pretende es la contemplación del patrimonio de ambos cónyuges —o personas con descendencia común— como un todo unitario a efectos sucesorios, dicha finalidad se puede alcanzar de forma más satisfactoria mediante la fiducia sucesoria. Con la ventaja de que ésta permite diferir en el tiempo la distribución y partición de la herencia, no precipitándolas cuando las circunstancias así lo aconsejen. Son muchos los casos, en que, de ser debidamente aplicada, favorecería los intereses de determinados tipos de testadores.

III. Las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del testador, junto con la idoneidad del fiduciario, deben ser concienzudamente valoradas por el profesional que asesore el testamento.

IV. La actual redacción del artículo 831 CC resulta farragosa, desmesurada y reglamentista.

V. Ofrece la redacción del vigente precepto indicios suficientes para afirmar que la *affectio maritalis* o incluso su sucedáneo, en forma de convivencia *more uxorio*, no constituyen un requisito de la fiducia sucesoria y ni siquiera de la confianza en la que la misma se fundamenta.

¹⁹⁰ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 101. *Vid.*, en similares términos, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 919; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1336-1337.

VI. La delegación de las facultades fiduciarias subsisten, salvo voluntad contraria del fiduciante, aunque se haya producido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio. El argumento principal para defender la persistencia de la fiducia se encuentra en el fundamento mismo de la institución, en la confianza, a lo que debe añadirse la soberana autonomía de la voluntad del testador.

VII. Las causas de cesación de la delegación de facultades previstas en el precepto, no deben ser consideradas *numerus clausus*. La confianza, como esencia de la fiducia sucesoria, no puede permanecer inalterable o impermeable ante avatares de otras conductas o circunstancias del fiduciario.

VIII. El fiduciario carece de facultades para otorgar unilateralmente la liquidación de la sociedad de gananciales. Es indispensable la concurrencia de los descendientes –comunes y no comunes–; y en el caso de la existencia de prole menor de edad o con capacidad judicialmente modificada, con la presencia de los correspondientes representantes legales. La liquidación de la sociedad de gananciales –como la de cualquier otro régimen económico o de bienes en comunidad– tendrá que formalizarse según las reglas generales previstas en el Código civil.

IX. El fiduciario, salvo voluntad del fiduciante, tendrá facultades para designar herederos y legatarios, pues resultaría una distonía que una partición adoleciera de personas con dicha condición, fundamentalmente la de heredero.

X. Partiendo de que la posibilidad de desheredar es personalísima e indelegable, el fiduciario ni puede desheredar ni dejar sin efecto la desheredación dispuesta por el fiduciante. Si la rehabilitación del indigno es una facultad personalísima del fiduciante e indelegable y exclusiva del mismo, tampoco tendrá el fiduciario facultad alguna al respecto.

XI. Relacionada la expresión «a favor de los hijos o descendientes comunes» del artículo 831 CC con las facultades de mejorar formuladas en los artículos 823 CC y 824 CC, el fiduciario, siempre que no contradiga la voluntad del fiduciante, podrá mejorar a cualquier descendiente de segundo o ulterior grado, existiendo o no hijos. La existencia de descendientes no comunes no supone un obstáculo al ejercicio de las facultades del fiduciario.

XII. Las facultades del fiduciante se encuentran limitadas en un doble nivel o sentido: por los límites legales y por los establecidos por el fiduciante o límites voluntarios. Dadas las amplias facultades que se le pueden delegar al fiduciario, se ha propuesto como punto de partida una redacción que podríamos denominar de

«máximos», es decir, más que fijar qué puede hacer el fiduciario, indicar lo que le está vedado.

XIII. El fiduciario, al ejecutar la comisión, tendrá que respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes. Es la primera vez que el Código civil recoge la expresión «legítima estricta». Constituye una importante novedad que la norma autorice el pago de la legítima con bienes del fiduciario, o con bienes de la sociedad de gananciales disuelta sin liquidar. La legítima, por tanto, se concreta en un derecho de crédito que puede ser satisfecho mediante efectivo metálico o con bienes, ya sean o no hereditarios.

XIV. No debe ser factible la posibilidad de aplazar la entrega de la legítima estricta de los descendientes comunes por parte del fiduciario hasta que se cumpla el plazo establecido por el fiduciante, o el supletorio de dos años legalmente establecido para ejercer las facultades fiduciarias. De la misma forma que el legislador ha establecido expresamente que se puedan pagar dichas legítimas con bienes de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, o con bienes propios del fiduciario, lo que supone una importante excepción al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, podía haber dispuesto dicho aplazamiento. Al no haberlo hecho, no parece presumible que se pueda aplazar su pago: una cosa es delegar o comisionar al fiduciario la ejecución de la herencia, y otra estrangular los derechos legitimarios mínimos de los descendientes.

XV. El pago de la legítima de los hijos no comunes no puede ser aplazado. La misma debe ser pagada con bienes hereditarios, ya que la posibilidad del fiduciario de pagarla con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y con bienes propios, queda limitada a los supuestos de los descendientes comunes. A falta de disposición expresa del fiduciante en el testamento, los derechos legitimarios de los descendientes no comunes no quedan limitados a su porción de legítima estricta, sino que se extienden a su legítima amplia o larga.

XVI. Por último, se han formulado diversas propuestas de *lege ferenda*, desarrolladas y justificadas en sus epígrafes correspondientes. Entre otras, las siguientes:

a) En cuanto a la ubicación del precepto que nos ocupa, consideramos que lo aconsejable sería que su incardinación se llevase a cabo a continuación del artículo 670 CC, como una excepción al principio del personalismo material que preside el Derecho sucesorio en nuestro Código.

b) El apartado sexto del artículo 831 CC tal vez se lo podría haber ahorrado el legislador cambiando en el resto del articulado la

expresión «cónyuge» por la de «coprogenitor», o indicando en el apartado primero que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al coprogenitor como fiduciario en testamento, para que fallecido el testador...», y en el resto del articulado emplear la expresión «fiduciario».

c) Sería razonable plantearse la extensión de la condición de fiduciario a otras personas, o mejor, a parientes por consanguinidad, en función del paradigma de la confianza.

d) Por lo que respecta a los beneficiarios de la fiducia, podría introducirse que también pudieran ser designados los hijos no comunes.

e) La delegación en favor del fiduciario debe quedar extinguida en los supuestos expresamente establecidos por el fiduciante en el testamento y en todas aquellas circunstancias que, presumiblemente, hubieran motivado que una persona sensata, de diligencia normal y de razonabilidad media, perdiera la confianza en el fiduciario. *De lege ferenda* el tenor literal de un futuro apartado quinto podría ser: «Las facultades conferidas al fiduciario cesarán por las causas expresamente señaladas por el fiduciante y en aquellas no previstas que, de haberlo sido, hubieran supuesto la pérdida de confianza de una persona razonable».

f) El apartado primero del artículo 831 CC finaliza incluyendo entre las adjudicaciones o atribuciones de bienes que pueda realizar el fiduciario «las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar», proponiéndose por nuestra parte que dicha literalidad sea sustituida por «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores», o, incluso, «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores pendientes de liquidación».

11. ANEXO CON MODELO DE TESTAMENTO CON FIDUCIA SUCESORIA

A los meros efectos prácticos, como ejemplo de una de sus muchas posibilidades, se propone el siguiente modelo de testamento con la concesión de facultades fiduciarias¹⁹¹:

«Primera. La testadora ordena su sucesión previendo dos posibles escenarios que dependerán de que su viudo, en vida o tras

¹⁹¹ *Vid.* también los modelos de testamentos propuestos por Díez Gómez, *RDN*, 1982, pp. 423-424; Martínez Ortega, Infante González de la Aleja y Rodríguez Domínguez, 2013, pp. 243-244; Romero-Girón Delieto, *RJN*, 2006, pp. 229-231; y Rueda Esteban, 2014, pp. 799-804.

su fallecimiento, en su propio testamento, hubiera hecho uso o no de las facultades previstas en el artículo 831 del Código civil en los términos que se determinan en la siguiente cláusula.

Segunda. En el caso de que el cónyuge de la testadora hiciera uso de las facultades recogidas en el artículo 831 del Código civil, y que la testadora expresamente le atribuye, su sucesión se regirá por las siguientes reglas:

1. Lega a su cónyuge, a quien autoriza a tomar por sí mismo posesión de dichos legados, el tercio de libre disposición de su herencia en pleno dominio y el usufructo vitalicio de los tercios de mejora y de legítima estricta.

Respecto al legado de usufructo, no deberá formar inventario ni prestar fianza, y si dicho usufructo recayera sobre dinero es su voluntad que se reputa usufructo de cosa consumible, de manera que el usufructuario podrá hacer uso de ese dinero, sin perjuicio que de que a la extinción del usufructo se deba abonar el importe del dinero consumido a los herederos de la testadora.

Si alguno de los legitimarios no aceptare que su legítima estricta quede gravada con el legado de usufructo ordenado en favor del cónyuge viudo, perderá su parte en el tercio de mejora que acrecerán a los conformes; y si no fuera aceptado por ningún legitimario, la testadora lega a su viudo el tercio de libre disposición en pleno dominio y el usufructo viudal del tercio de mejora, al que se aplicarán las disposiciones anteriores de recaer sobre dinero.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, concede expresamente a su cónyuge todas las facultades que el artículo 831 del Código civil atribuye al cónyuge fiduciario y las reglas ordenadas en el presente testamento, prevaleciendo en caso de duda la interpretación más favorable al cónyuge viudo fiduciario, cuyas facultades se interpretarán extensivamente, dado que la testadora confía plenamente en él y desea que sea él quien, como quiera y cuando quiera, reparta sus bienes entre los hijos comunes.

3. Instituye como sus únicos herederos a sus cinco citados hijos, correspondiendo al viudo-fiduciario el decidir en qué porción van a heredar; elección que podrá realizar nominalmente o adjudicando bienes de distinto valor a cada heredero; por lo que podrá desigualar y correlativamente mejorar a los distintos herederos.

4. En pago de la porción hereditaria que el viudo-fiduciario haya elegido, podrá adjudicar bienes concretos a los herederos cuando estime conveniente, incluso retardando su entrega hasta la apertura de su último testamento, una vez que se hubiera producido su fallecimiento. Asimismo, no será necesario que atribuya o adjudique a la vez a todos los herederos bienes hereditarios, pudiendo hacerlo en distintos momentos, incluso dilatando la entrega a alguno de ellos, o de parte de los bienes a su fallecimiento. Si considera el viudo que alguno de los bienes que debe adjudicar son bienes indivisibles o que desmerecen mucho por la división, podrá hacer uso del artículo 1062 del Código civil decidiendo quien deba ser el adjudicatario de la totalidad del bien y quién deba indemnizar a los demás condueños con su equivalente

en dinero, incluso cuando el adjudicatario del bien fuese el mismo viudo-fiduciario.

5. Se autoriza al cónyuge viudo para que los bienes que reciban los herederos lo sean con las cargas, modos o gravámenes que estime convenientes; en particular el que pueda excluir a los herederos de la administración y disposición de los bienes adjudicados, hasta que el heredero o herederos afectados adquieran la edad que considere el fiduciario, teniendo en cuenta que esta administración si desea imponerla, podrá recaer incluso sobre la parte de legítima estricta que correspondiera al gravado, que si no lo aceptara verá reducida su participación en la herencia a su legítima estricta, acreciendo su parte a los demás legitimarios que aceptaran el gravamen, o que no se les hubiera impuesto ninguno.

6. Corresponderá al cónyuge viudo decidir qué bienes o derechos del caudal hereditario van a integrar cada uno de los distintos tercios, incluso los que recaerán sobre aquellos tercios en los que el cónyuge sobreviviente ostente un derecho de usufructo o los que compondrán el tercio de libre disposición que la testadora ha legado a su favor.

7. Concede expresamente al viudo-fiduciario la posibilidad de ejercitar todas las facultades permitidas en el artículo 831 del Código civil, y por tanto la ejecución de la fiducia en su propio testamento, por lo que no se ejecutará hasta que fallezca su viudo. Por consiguiente, es voluntad de la testadora que el plazo de que goce el cónyuge sobreviviente para el ejercicio de sus facultades sea toda su vida.

8. Mientras las facultades conferidas al cónyuge sobreviviente no hubieran sido ejercitadas por el mismo, corresponderá al viudo la administración de la herencia.

9. El único límite a las facultades conferidas en los números anteriores es el respeto de las legítimas estrictas de los herederos forzosos, que podrán satisfacerse, además del resto de la porción hereditaria de los herederos, con bienes propios del mismo, o adjudicando bienes concretos a algunos de los legitimarios imponiéndoles la obligación del pago en metálico de las legítimas de sus coherederos forzosos en los términos del artículo 1056.2.º y 841 y siguientes del Código civil. En todo caso, para facilitar el cálculo de la legítima estricta, recomienda al viudo que con independencia del momento que haga uso de las facultades conferidas, dentro de los tres primeros meses tras la muerte del testador efectúe por sí mismo un inventario y tasación de los bienes.

10. Es voluntad de la testadora que el viudo fiduciario pueda ejercitar por sí solo todas las facultades mencionadas y las omitidas que resulten del artículo 831 del Código civil, incluso disolver, valorar, adjudicar, e imponer la indemnización en metálico a los condueños adjudicatarios de los bienes que en proindiviso, o incluso cuando en el ejercicio de estas facultades estuviera interesado el viudo-fiduciario. Pero para facilitar su labor, siempre que lo estime conveniente, podrá solicitar el asesoramiento de Doña XXXXXXXX a la que nombra albacea contadora-partidora.

Tercera. Como segundo posible escenario, si el cónyuge sobreviviente fallece sin haber hecho uso en vida, o en su propio testamento, de las facultades reguladas en el artículo 831 del Código civil en los términos que resultan de las cláusulas anteriores, es voluntad de la testadora que, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula primera, sean instituidos como sus únicos y universales herederos sus cinco hijos Don XXX, Doña XXX, Doña XXX, Don XXX y Doña XXX, a quienes sustituye vulgarmente para los casos de premoriencia, indignidad y repudiación, por sus respectivas estirpes de descendientes.

Cuarta. Lo dispuesto a favor de su cónyuge quedará sin efecto si a la muerte de la testadora concurriera nulidad, divorcio, separación judicial o de hecho, salvo las facultades del artículo 831 del Código civil.

Quinta. Si alguno de los legitimarios impugna judicialmente este testamento o el ejercicio de las facultades por el viudo-fiduciario o reclamare antes de su ejercicio su legítima, quedará en todo caso, fuere cual fuere el pronunciamiento judicial, reducida su participación en la herencia a lo que por legítima estricta le correspondiera, acreciendo su parte a los demás legitimarios cumplidores con la última voluntad de la testadora.

Sexta. Revoca expresamente todas las disposiciones de última voluntad anteriores a la presente.»

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 3-22.
- ALPAÑÉS, E.: «La delegación de la facultad de mejorar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1953, pp. 273-331.
- BERMEJO PUMAR, M. M.: *El artículo 831 del Código civil*, Madrid, 2001.
- BUSTO LAGO, José M.: «TEMA IX. Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas», en *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2009, pp. 414-529.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: «Comentario al artículo 831», en *Código Civil Comentado*, volumen II, 2.ª edición, 2016, pp. 906-920.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «Comentario al artículo 1057», en *Código Civil Comentado*, volumen III, 1.ª edición, 2011, pp. 1735-1742.
- DÍAZ FUENTES, A.: «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», *Anuario de Derecho Civil*, 1965, pp. 877-909.
- DÍEZ GÓMEZ, A.: «El nuevo artículo 831 del Código civil», *Revista de Derecho Notarial*, 1982, pp. 405-424.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á.: *Sucesión Mortis Causa de la Familia Recomendada (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)*, Navarra, 2015.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999.
- FLORENSA I TOMÀS, C. E.: «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 CC», en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, 2005, pp. 117-141.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cáte-

- dra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, pp. 57-112.
- «Comentario al artículo 831», en *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 949-951.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Actualidad de la fiducia sucesoria del art. 831 del Código Civil», *Revista Jurídica del Notariado*, 2012, pp. 353-372.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho de Sucesiones* (II), Barcelona, 1973.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Derecho de Sucesiones*, 5.ª edición, Barcelona, 1993.
- *Elementos de Derecho Civil. V Sucesiones*, 4.ª edición (revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Madrid, 2009.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «El artículo 831 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1115-1152.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, J. R., y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, R.: *El testamento y la herencia. IV La Oficina Notarial*, Barcelona, 2013.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á.: «El artículo 831 y el *favor viduitatis*», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, pp. 969-1002.
- MILLÁN SALAS, F.: «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2006, pp. 403-434.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., y CADENAS OSUNA, D.: *Tratado teórico práctico del testamento notarial abierto*, Barcelona, 2018.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: «Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la *cautela socini*: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 3116)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, pp. 473-492.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, tomo II, Madrid, 2009.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código civil; Ley 41/2003)», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Madrid, 2004, pp. 4279-4301.
- ROMERO-GIRÓN DELIETO, J.: «El nuevo artículo 831 CC: la fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», *Revista Jurídica del Notariado*, 2006, pp. 221-231.
- RUEDA ESTEBAN, L.: «Algunos aspectos sobre el ejercicio de la comisión o encargo hecho en virtud del artículo 831 CC: ejecución de la delegación y de la fiducia», *Revista Jurídica del Notariado*, 2013, pp. 325-404.
- *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común*, Madrid, 2014.
- «Parte quinta: Artículo 831 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V Sucesiones, volumen 1.º, 2.ª edición, Navarra, 2015, pp. 1305-1378.
- SAPENA TOMÁS, J.: «La fiducia conyugal (Artículo 831 del Código Civil)», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen VIII, Madrid, 1988, pp. 907-985.

- SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960.
- SEDA HERMOSÍN, M.: «Facultad de fiducia sucesoria del art. 831 del Código Civil», *Academia Sevillana del Notariado*, 2006, pp. 263-279.
- SIERRA PÉREZ, I.: «La fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2007, pp. 89-114.
- URRUTIA BADIOLA, A. M.: «La fiducia sucesoria, ¿una institución con futuro?», <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/sucesiones/la-fiducia-sucesoria-una-institucion-con-futuro>, 2008.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Comentario al artículo 831 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, 2.^a edición revisada y aumentada, Madrid, 1982, pp. 403-428.
- «Comentario al artículo 831 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 2054-2060.