

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

GRADO EN DERECHO

Trabajo Fin de Grado



**DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO.
LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD
DE MEJORAR.**

Curso académico 2021/2022

Alumna: Lucía Roldán García

Tutora: Purificación Cremades García



RESUMEN:

Los derechos del cónyuge viudo se han encontrado desde el primer proyecto del Código Civil limitados por los derechos de los descendientes, y debemos cuestionarnos si un siglo y medio después esta situación se sigue adecuando a la realidad social actual. A pesar de la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, supone un avance en cuanto al orden de prelación, no podemos hablar de una posición ventajosa para el cónyuge viudo, y la prueba la tenemos en la gran cantidad de testamentos que otorgan una cuota superior a la legítima. A pesar de ello, la posibilidad de delegación de la facultad de mejorar al cónyuge viudo, supone otorgarle una excepcional atribución especialmente útil en determinados contextos familiares.

PALABRAS CLAVE: legítima del cónyuge viudo, usufructo viudal, fiducia sucesoria.

ABSTRACT:

The rights of the widowed spouse have been limited since the first draft of the Civil Code by the rights of the descendants, and we must question whether a century and a half later this situation is still in line with the current social reality. Despite the reform of Law 11/1981 of 13 May 1981, amending the Civil Code in matters of filiation, parental authority and the economic regime of marriage, which represents an advance in terms of the order of priority, we cannot speak of an advantageous position for the widowed spouse, and the proof can be seen in the large number of wills that grant a higher share than the legitimate share. In spite of this, the possibility of delegating the power to improve to the widowed spouse means granting him or her an exceptional attribution that is particularly useful in certain family contexts.

KEY WORDS: widowed legitimacy, widow's usufruct, trust of succession.



ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	9
I. SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.	13
1. SUCESIÓN TESTADA	13
1.1. <i>Legítima en usufructo ¿por qué siempre en usufructo?</i>	13
1.2. <i>Cautela Socini</i>	14
1.3. <i>Derechos forales</i>	16
2. SUCESIÓN INTESTADA.....	18
2.1. <i>Reforma de la Ley 11/1981</i>	18
2.2. <i>Derechos forales</i>	20
3. EL VIUDO COMO HEREDERO.....	22
3.1. <i>Pago del usufructo</i>	22
3.2. <i>Desheredación e indignidad</i>	29
3.3. <i>Extinción del usufructo del cónyuge viudo</i>	30
II. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR.....	33
1. MARCO LEGAL.....	33
1.1. <i>Origen, reformas y marco legal.</i>	33
1.2. <i>Pactos sucesorios.</i>	38
2. DESARROLLO DE LA FIDUCIA SUCESORIA.	39
2.1. <i>Función y finalidad</i>	39
2.2. <i>Carácter excepcional</i>	39
2.3. <i>Contenido</i>	41
2.4. <i>Forma</i>	51
3. UTILIDADES DE LA FIDUCIA SUCESORIA	53
3.1. <i>Hijos o descendientes con discapacidad</i>	53

3.2. Empresa familiar.....	54
CONCLUSIONES.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	59



ABREVIATURAS

CC: Código Civil

LDCGal: Ley 2/2006, de 14/ de junio, de Derecho Civil de Galicia.

LDCV: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

CDFNa: Compilación del Derecho Foral de Navarra o Fuero Navarro.

TRCDFAr: Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón,

CCCat: Código de Leyes Civiles de Cataluña.

TRCDCIB: Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

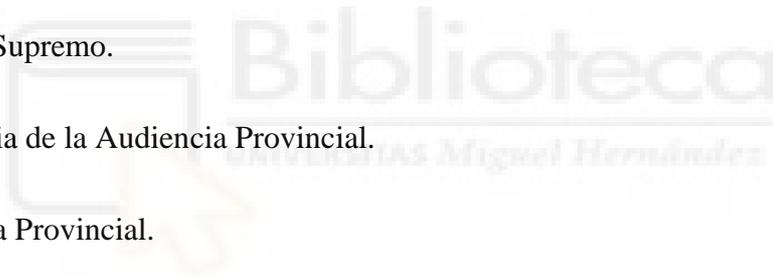
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

AP: Audiencia Provincial.

IPC: Índice de Precios al Consumidor.





INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un contexto social con una esperanza de vida muy alta, en la cual, de 2.824 viudos y viudas residentes en España en 2020, 2.698 son mayores de 55 años¹, edad a partir de la cual se complica la situación laboral; sumado a que, de esas 2.824 personas viudas, 2.316 son mujeres, cuya tasa de paro en el mismo año fue de 69,68, mientras que la de hombres era de 55,48², una diferencia significativa de 14,20.

Además, en su mayoría, los beneficiarios de pensiones de jubilación son hombres, mientras que las mujeres son las que mayormente reciben las pensiones de viudedad. Esto se debe a la que era la realidad social de los ahora jubilados, en la cual, por regla general las mujeres no trabajaban fuera de casa, y si lo hacían, su vida laboral terminaba pronto o con jornadas más breves, siendo las menos las mujeres con una vida laboral equiparada a la del hombre. Y aunque esta brecha es probable que con la incorporación en los últimos tiempos de la mujer al mundo laboral se reduzca notablemente, encontramos otra que es más difícilmente subsanable. Hablamos de la cuantía de la pensión, y es que esta se calcula en base al salario que se haya percibido durante la cotización, y aquí no parece que encontremos un gran cambio³.

Con estos datos, podemos decir que la posición del cónyuge viudo tras el fallecimiento de su consorte puede ocasionar una pérdida de calidad de vida y estabilidad económica, siendo habitual que los únicos ingresos que tenga sean la pensión de viudedad, que cómo vemos cada día, a duras penas llega para los gastos mínimos. Y, dada la estructura legal del sistema de legítimas, el derecho sobre la herencia de su consorte queda en un mero usufructo, ocasionando un grave perjuicio económico y personal, por la decadencia de su calidad de vida en los últimos años, cuando su capacidad de trabajo es mínima. Además, hay que tener en cuenta que está perdiendo el derecho a un patrimonio al que ha contribuido en su creación, pues, aunque no aportase capital

¹ Fuente INE: Población residente según sexo, grupo de edad, estado civil y nacionalidad (consultado el 20/04/2022) <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/def/p04/&file=01001.px>

² Fuente INE: Tasas de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma (consultado el 20/04/2022) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=14506>

³ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género” *Lan Harremanak*, nº 38, 2017, p. 155.

económico, este no podría haberse creado de no existir una figura que se encargara de las laborales de la casa y cohesionar la familia.

Nos encontramos además ante un empobrecimiento de una persona que ha pasado su vida trabajando para la creación de un patrimonio, que ve dividido en favor de sus descendientes. Y aunque esto en el momento de desarrollar la legislación tuviera sentido, pues entonces para cuando fallecía el padre aún les quedaba una vida por delante a los hijos, hoy en día, estos reciben la herencia al final de su vida laboral, cuando ya han formado su propio patrimonio familiar independiente.

Ante esta situación es habitual encontrar testamentos que amplíen la herencia del cónyuge viudo por diversas vías, siendo esto fundamental, especialmente para fortalecer su posición y evitar abusos por parte de los descendientes, sobre todo, cuando no fueran comunes.

A ello hemos de añadir la cada vez más diversidad familiar, siendo habitual encontrar familias con descendencia no común de varios matrimonios. En estas situaciones se complica el momento de abrir la sucesión, pues evidentemente existe o nacen conflictos de intereses, y en todo caso una obligación de respetar las legítimas de todos.

Nadie mejor que el propio causante conocerá la situación familiar y los problemas que puedan surgir, por ello se le conceden una serie de posibilidades para actuar de la manera más conveniente, siempre en pro de una cohesión y unidad familiar, y procurando evitar perjuicios a cualquiera de las partes.

Las opciones más habituales que podemos encontrar son la *cautela socini* y la fiducia sucesoria. En la primera se otorga el usufructo universal al cónyuge, y si alguno de los descendientes se negase a recibir su legítima gravada podrá recibirla perdiendo cualquier mejora que se le hubiera otorgado. En la fiducia se concede al cónyuge viudo –o a la persona con descendencia común– la facultad de mejorar a los descendientes comunes. En ambas opciones se lleva a cabo un fortalecimiento de la posición del cónyuge frente a los hijos, incitando a una cohesión familiar.

Para el desarrollo del trabajo se ha llevado a cabo un análisis tanto doctrinal como jurisprudencial de la posición jurídica que se otorga al cónyuge viudo en el Código Civil,

comparándola con las diferentes regulaciones forales, lo que nos ha permitido completar la motivación principal y última con la confección del mismo, y es comprobar si resulta adecuada la referida posición del cónyuge al contexto familiar del s. XXI.





I. SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.

1. SUCESIÓN TESTADA

1.1. *Legítima en usufructo ¿por qué siempre en usufructo?*

El derecho sucesorio, de la misma manera que gran parte de nuestro derecho civil, se rige por la autonomía de la voluntad, es decir, va a primar la voluntad del causante en testamento, respetando, en todo caso, las normas imperativas. Entre ellas, y probablemente la fundamental para nuestro trabajo, es la regulación legal respecto al sistema de legítimas. La misma se define en el art. 806 CC como la porción de bienes que el testador no puede disponer libremente por estar reservada a los herederos forzosos, y el art. 807 CC enumera en orden de prelación cuales son estos: en primer lugar, los descendientes, seguidos de los ascendientes y en tercer lugar el cónyuge viudo.

Sin embargo, y a pesar de ser actualmente un heredero forzoso, los derechos del cónyuge viudo los encontramos en una sección específica, pues no se incluye en la sección de las legítimas. Esto es así porque en los anteproyectos previos al Código de 1889 no se incluía al cónyuge como legitimario, sino como beneficiario⁴.

La legítima del cónyuge viudo variará en función de con quien concurra en la sucesión, así, si es con hijos y descendientes le corresponderá el usufructo del tercio destinado a la mejora, mientras que si es con ascendientes será el usufructo de la mitad de la herencia, y cuando sean otros parientes o terceros, dos tercios del total de la herencia (arts. 834, 837 y 838 del CC).

La legítima del cónyuge viudo será siempre una cuota usufructuaria, a diferencia del resto de legítimas, que se adquieren en plena propiedad. Y aunque el Código Civil otorgue la facultad tanto a los herederos como al cónyuge supérstite de optar por la conmutación o pago de la herencia, es importante reflexionar el motivo de que la atribución patrimonial lo sea como derecho real limitativo de dominio, cuando, en la mayoría de los casos, el cónyuge habrá colaborado en la adquisición y creación del patrimonio y fortuna familiar.

⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A: “La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 16, 1998, p. 54.

Para entender la cualidad de esta legítima es necesario volver al momento en que se redactó nuestro código. Ya hemos referido que en los anteproyectos no se incluía al cónyuge como legitimario, y para cuando se consideró que le correspondía una cuota de la herencia se estableció que tal cuota fuera usufructuaria, con la intención de que participara en la herencia sin suponer un excesivo gravamen para los hijos, manteniendo la situación económica, aunque evidentemente se vea muy disminuida su capacidad financiera, y que a su fallecimiento la propiedad fuera íntegramente de los hijos⁵.

En cuanto a si es suficiente o no esta atribución, parece evidente que no lo es. Se trata de una porción mínima de la herencia, que ni siquiera se otorga en propiedad, y aunque probablemente en 1889 fuera la mejor solución, en 2022 queda absolutamente desfasada, dejando al cónyuge supérstite, generalmente de avanzada edad, con una capacidad económica sumamente debilitada, viendo disminuido un patrimonio del cual ha participado en su consolidación, mientras que la descendencia del causante verá acrecido su patrimonio al mismo tiempo que forja otro con su propia familia.

La manifestación de esta insuficiencia se aprecia en la cantidad de testamentos que otorgan una cuota hereditaria superior, ya sea en bienes en propiedad, en capital o una cuota usufructuaria mayor, para hacer cumplir la intención de mantener una capacidad económica suficiente, siendo una de las cláusulas más habituales la cautela sociniana.

1.2. Cautela Socini

La Cautela, mal llamada, Socini tiene su origen en 1540 y aunque se le atribuye a MARIANO SOCINO, la realidad es que fue elaborada por JO GUILLIELMUS DURANTES, EL GUALDENSE. Previa a esta formulación hubo muchas otras, inspiradoras de la actualmente conocida como Cautela Socini. En este epígrafe seguiremos a RAGEL SÁNCHEZ⁶.

La Cautela Socini, como ahora la entendemos, consiste en una atribución expresa de una opción al legitimario, en la cual el causante establece una cuota superior a la legítima, gravando toda la herencia, ya sea con un usufructo o cualquier otro gravamen,

⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A: “La conmutación...” *op. cit.* citando a CANO TELLO, GACTO FERNÁNDEZ, ÁLVAREZ CORA y MUCIUS SCAEVOLA. p. 55.

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.

otorgando la posibilidad de recibir la legítima libre de cargas, renunciando a la cuota acrecida.

En la mayoría de los supuestos, este gravamen con que se carga a los legitimarios es en favor del cónyuge viudo, con la intención de que goce de la misma calidad de vida tras la muerte de su consorte. Sin embargo, puede ocurrir, que, por diversas circunstancias, los herederos no quieran soportar este gravamen, y tienen derecho, reconocido en el Código Civil, a recibir su legítima libre de cargas.

Nos referimos al artículo 820.3° CC, íntimamente relacionado con la Cautela Socini, en el cual se establece, limitando el gravamen al usufructo o renta vitalicia, una opción al legitimario de recibir la legítima libre de cargas. Esta opción viene ligada al artículo 813 CC, el cual prohíbe gravar la legítima.

Es importante destacar la formulación que emplea el art. 820.3° CC, con los términos manda y disposición testamentaria nos da a entender que se exija esto, una determinación explícita por parte del causante de que su intención es establecer esta opción.

Esta cláusula tiene como finalidad última otorgar la mayor seguridad y estabilidad posible al cónyuge viudo, por la consideración del causante de que la legítima es insuficiente a este fin, y generalmente buscando salvaguardar la seguridad del domicilio, especialmente en casos en que es el único bien de la herencia, y la cohesión familiar. Para ello, en la práctica notarial se formula tal cláusula de manera que se respete la voluntad del testador y los derechos de los herederos, para lo que se pueden utilizar cuatro disposiciones. La primera para formalizar la institución de herederos a los hijos o descendientes; la segunda otorgando el legado del usufructo universal al cónyuge, en la mayoría de casos liberándole de la obligación de inventariar y prestar fianza, ya que se trata de una concesión en virtud de la confianza que existe respecto al consorte; la tercera atendiendo al supuesto de que algún heredero se opusiera a la disposición segunda, estableciendo para dicho caso que se le legará el pleno dominio de la cuota que le

corresponda como legítima estricta; y por último la cuarta podrá instituir como heredero universal al cónyuge, manteniendo en todo caso el usufructo de sobre el tercio de mejora⁷.

1.3. Derechos forales

Cuando hablamos de derechos forales nos estamos refiriendo a aquellas normas singulares, que, desde la constitución de 1978, determinadas comunidades autónomas, por razones históricas, pueden llevar a cabo⁸. Las comunidades con este derecho propio son Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y las ciudades de Mallorca y Menorca. Antes hubiéramos incluido a la Comunidad Valenciana dentro de estos derechos forales, pero fue un caso controvertido desde el principio, retirándose definitivamente en el año 2016 mediante diversas sentencias del TC, limitando a la Comunitat en el desarrollo de leyes civiles⁹.

Puesto en su contexto, nos centraremos en como regula cada derecho foral el sistema de legítimas en la sucesión testada.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia establece que, en concurrencia con descendientes, le corresponde al cónyuge viudo una cuarta parte en usufructo, siguiendo con que si no concurre con descendencia le corresponde el usufructo de la mitad¹⁰. La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco otorga la mitad en caso de concurrir con descendientes y dos tercios en su defecto¹¹. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, modificada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, es uno de los más beneficiosos para el cónyuge, ya que establece un usufructo

⁷ IRURZUN GOICOA, D.: “La Cautela SOCINI y la práctica notarial” *El notario del siglo XXI*, nº 37, 2011 <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-37/818-la-cautela-socini-y-la-practica-notarial-0-08163474321517604>

⁸ “La regulación de derechos forales en España”, Iberley, 2013 <https://www.iberley.es/temas/regulacion-derechos-forales-espana-34481>

⁹ DOMÍNGUEZ, V. y LONGÁS, B.: Guía derecho civil valenciano, Valencia, 2018 https://participacio.gva.es/documents/162282364/167458956/Guia_Derecho_Civil_Valenciano.pdf/9ac41bb1-1e2e-47fc-894e-9674bc0124be

¹⁰ Artículo 253 LDCGal.: “Si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario fijado conforme a las reglas del artículo 245.”

Artículo 254 LDCGal.: “Si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital.”

¹¹ Artículo 52 LDCV.: La legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho: “1. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurre con descendientes. 2. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes.”

universal, sobre todos los bienes de la herencia¹². El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, rompe la norma incluyendo este derecho del cónyuge viudo como un elemento del régimen matrimonial, estableciendo igual que Navarra, un usufructo universal¹³. El Código de Leyes Civiles de Cataluña también establece un usufructo universal cuando concurre con descendencia, ampliando no solo al viudo sino al conviviente en pareja, y en defecto de descendencia será heredero el cónyuge o pareja establece, a excepción de la legítima de los ascendientes¹⁴. Por último, el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, establece que en concurrencia con descendientes el usufructo será de la mitad, y si lo es con padres dos tercios, y en defecto de ambos será el usufructo universal¹⁵.



¹² Ley 253.I CDFNa.: “Concepto. El cónyuge viudo tiene el usufructo sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.”

¹³ Artículo 283.1 TRCDFAr. Comienzo y extensión del usufructo viudal: “El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.”

¹⁴ Artículo 442-3 CCCat. Sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja superviviente. “1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5. 2. Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a legítima.”

¹⁵ Artículo 45.3 TRCDCIB: “En concurrencia con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios, y, en los otros supuestos, el usufructo universal.”

2. SUCESIÓN INTESTADA

2.1. Reforma de la Ley 11/1981

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, no contiene una exposición de motivos respecto al cambio, sin embargo, no es necesario para entender que se trata de un cambio de perspectiva generalizado, que ha ido en aumento hasta nuestros días, dejando atrás la familia entendida como familia extensa o troncal, pasando a centrarse en la familia nuclear. También supuso un significativo cambio respecto a la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, distinción que desaparece en 1978 con la Constitución, en cuyo artículo 39.2 iguala a todos los hijos, y la ley en 1981 se adapta a esta nueva idea. Y por lo que a nuestro estudio respecta significa un cambio en cuanto a la sucesión intestada, respecto al orden de prelación a la hora de suceder.

En concreto, y en referencia a la posición del cónyuge viudo, nos ubicamos en el Capítulo IV del Título III, “Del orden de suceder según la diversidad de líneas”, y la que fue sección 4ª, “De la sucesión de los colaterales y de los cónyuges” se invierte y pasa a ser “De la sucesión del cónyuge y de los colaterales”.

El antiguo art. 946 CC colocaba al cónyuge en el quinto lugar en el orden de prelación, por detrás de hermanos y sobrinos, a diferencia del actual art. 943 CC, que antepone al cónyuge no separado frente a los colaterales. Este cambio supone una mejora de la posición del cónyuge viudo, basada en una nueva realidad en la que existen mayores lazos de afecto en el matrimonio que respecto a los colaterales¹⁶. La reflexión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA parece especialmente interesante, ya que no se limita a cuestionarse la necesidad de la legítima de hijos y descendientes en la actualidad, si no que pone de relieve el hecho de que la fortuna existente se ha formado de manera conjunta con el cónyuge, que verá reducido su patrimonio y, como consecuencia de esto, su estabilidad financiera, generalmente en un momento de especial vulnerabilidad como es la vejez.

¹⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “Comentario el art. 943 del CC”, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 1095-1096.

Sin embargo, y en la actual realidad, cuarenta años después de esta reforma, quizás no puede considerarse satisfactorio este orden sucesorio¹⁷. Nos encontramos, tal y como hemos indicado antes, ante un contexto social de esperanza de vida especialmente alta, siendo de cada 2.824 viudos y viudas en 2020, 2.698 mayores de 55 años, además, de esas, 2.316 son mujeres¹⁸. Cómo sabemos se trata de una edad a la que se complica notablemente la situación laboral, pues se pierde capacidad de trabajo, sumado a que la mayoría son mujeres, cuya tasa de paro es notablemente mayor, siendo en 2020 de 69,68, mientras que la de hombres era de 55,48¹⁹, una diferencia significativa de 14,20.

Esto se traduce en un grave perjuicio económico que sufren las viudas, ya que en su mayoría, por la realidad social que vivieron en su juventud, no trabajan o lo hacían en jornadas reducidas, lo que conlleva que sus pensiones de jubilación sean mínimas, las que tienen derecho a ellas, y las que no han de subsistir con la pensión de viudedad, que por ser no contributivas, apenas llega para cubrir gastos. Si bien es cierto que esta situación está cambiando gracias a la incorporación de la mujer al mercado laboral y cada vez es más habitual que en el matrimonio ambos trabajen fuera de casa, seguimos enfrentándonos a la brecha salarial, más difícil de subsanar, y que supone que la pensión de jubilación, que se calcula en base al salario medio de los últimos años de cotización, sea generalmente inferior a la de los hombres²⁰.

Por lo tanto, volvemos a que el fallecimiento del consorte puede suponer una quiebra en la economía, especialmente, de la viuda, que además, ve cómo el patrimonio que ha contribuido a generar junto a su cónyuge se ve dividido entre sus descendientes, en un momento de su vida en el que, por regla general, no les va a ser esencial recibir esa herencia, pues ya son adultos y han podido generar su propio patrimonio junto con la familia que han creado, quedándose la viuda con una porción ínfima de este patrimonio cuando se trate de una sucesión intestada, el mero usufructo del tercio de mejora, que en

¹⁷ LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario del art. 944 del CC” en Bercovitz Rodríguez- Cano, R. (director) *Comentarios al Código Civil Tomo V*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6871-6872.

¹⁸ Fuente INE: Población residente según sexo, grupo de edad, estado civil y nacionalidad. Disponible en el día 20 de abril 2022. <https://www.ine.es/>

¹⁹ Fuente INE: Tasas de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma. Disponible en el día 20 de abril 2022. <https://www.ine.es/>

²⁰ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género” *Lan Harremanak*, nº 38, 2017, p. 155.

aquellos casos que el patrimonio se limite a la vivienda habitual puede ocasionar divergencia de intereses. Y aunque para paliar los problemas que puedan surgir del usufructo el Código Civil establezca la posibilidad de pago, esto no supone ninguna ventaja para el viudo, pues al calcularse en virtud de su edad, el pago en metálico suele ser de una cantidad irrisoria. Podemos afirmar entonces, que la posición en que coloca el Código Civil al cónyuge viudo es, cuanto menos, insuficiente.

2.2. *Derechos forales*

Volvemos a referirnos a los derechos forales, esta vez en cuanto a su regulación respecto a la sucesión intestada. Igual que en la testada, algunas de las normas están adelantadas en su formulación y adaptación a la forma actual de ver las relaciones familiares, especialmente el derecho catalán.

En primer lugar, tanto la Ley de Derecho civil de Galicia como la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares remiten al Código Civil en su formulación, los artículos 267²¹ y 53²² respectivamente. La Ley de Derecho Civil Vasco ya establece en el orden de prelación al cónyuge inmediatamente detrás de los descendientes²³. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo se reformó en los últimos años, colocando al cónyuge por delante de ascendentes, que hasta 2019 seguía detrás de los colaterales²⁴. El Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas hace sucesivas distinciones entre bienes y personas con derecho recobrables y troncales, pero en cuanto a lo que nos interesa, coloca al cónyuge detrás de los ascendentes, de la misma manera que el Código Civil²⁵. Por último, el Código de Leyes Civiles de Cataluña, por sus

²¹Art. 267 LDCGal.: “Si no existieran personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con lo establecido en la presente ley y lo dispuesto en las secciones 1.a, 2.a y 3.a del capítulo IV del título III del Código civil, heredará la Comunidad Autónoma de Galicia.”

²²Art. 53 TRCDCIB: “1. La sucesión ab intestato se rige por lo dispuesto en el Código civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que reconoce al cónyuge viudo el artículo 45 y de lo previsto en el artículo 51, ambos de esta Compilación. 2. A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código civil, heredarán conjuntamente las administraciones territoriales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears que se citan en el siguiente párrafo [...]”

²³Art. 114.1 LDCV: “A falta de descendientes, sucederá el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros, con preferencia a los ascendentes y colaterales.”

²⁴Ley 304 CDFNa.: “Orden de suceder. La sucesión legal en bienes no troncales se deferirá por el siguiente orden de llamamientos, cada uno de los cuales será en defecto de todos los anteriores y excluirá a todos los posteriores: 1. Los hijos, con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes. 2. El cónyuge no excluido del usufructo de viudedad conforme a la ley 254. [...]”

²⁵ Art. 517 TRCDFAr.: “1. En la sucesión legal la herencia se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente. 2. En defecto de descendientes: 1º Los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con

recientes reformas, es el más adelantado y beneficioso, en este caso en los supuestos abintestato, además del usufructo universal, se coloca en el orden de prelación detrás de descendientes²⁶.

En conclusión, vemos que ante la falta de testamento del causante los derechos y posición del cónyuge varía notablemente en función de la vecindad, siendo especialmente favorable las regulaciones forales. A excepción de Galicia que su situación es peor que en el derecho común, puesto que su posición es tras los ascendentes y en concurrencia con descendientes tan solo tiene derecho a una cuarta de la herencia, y las Islas Baleares que pese a mantener la tercera posición en el orden de prelación otorgan el usufructo de la mitad, tanto Navarra como País Vasco y Cataluña colocan al cónyuge inmediatamente después de los hijos, y en concurrencia con ellos en País Vasco tendrá derecho al usufructo de la mitad, mientras que en Navarra y Cataluña el usufructo será universal, y Aragón pese a posicionarlo tras los ascendentes, le otorga en todo caso el usufructo universal de todos los bienes del causante, de la misma manera que Cataluña y Navarra. Se trata de un desbalance notorio en cuanto a los derechos del viudo, que de encontrarse en territorio común –también en Galicia, pero este trabajo trata de poner de relieve la situación del derecho común– verá su capacidad económica y calidad de vida perjudicada por carecer de derechos sobre la herencia de un patrimonio del cual ha participado en su creación y consolidación.

derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente. 2º Los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendentes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia.”

²⁶ Art. 442-3.2 CCCat: “Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a legítima.”

3. EL VIUDO COMO HEREDERO

3.1. Pago del usufructo

Naturaleza jurídica, ¿por qué conmutar el usufructo?

El derecho de usufructo del cónyuge viudo hace nacer una situación de pluralidad de derechos sobre un mismo bien, lo que resulta claramente inconveniente tanto para el usufructuario, como para el nudo propietario, e incluso para la propia economía por la limitación que supone a la circulación y aprovechamiento de los bienes, sin olvidar los conflictos que pueden surgir de una situación como esta cuando no exista una buena relación entre el cónyuge y los herederos.

Para evitar los inconvenientes de esta situación, el legislador estableció la posibilidad de conmutar el usufructo, es decir, llevar a cabo una operación particional para satisfacer al cónyuge su usufructo. Esta es una facultad que encontramos regulada en los artículos 839 y 840 del Código Civil, y otorgan la posibilidad de pagar el usufructo mediante “una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo” o por “un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios” respectivamente.²⁷

Sujetos legitimados

Por otro lado, y en cuanto a la legitimación para solicitar la conmutación del usufructo va a depender de la situación, y, por tanto, del artículo que apliquemos.

En cuanto al art. 839 CC, este legitima a los herederos para, de mutuo acuerdo, sustituir el usufructo del cónyuge viudo por una renta vitalicia, productos de determinados bienes, o un capital en efectivo. En este supuesto nos enfrentamos a diversas controversias en cuanto a cómo y quién realiza la conmutación.

En primer lugar, la legitimación es únicamente para los herederos o legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, y así lo determina la jurisprudencia en la sentencia 25 de octubre 2000²⁸:

²⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “La conmutación...” *op. cit.* pp. 58-59; recurso empleado en este párrafo y el anterior.

²⁸ RJ/2000/8549

La facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839.

Es decir, cualquiera que sea nudo propietario de un bien con un derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo va a estar legitimado para solicitar la conmutación.

Al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la recurrente, dado que ella es la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los «herederos que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo», en donde no encaja la figura de doña Carmen Amalia R. V. M., quien, aun siendo heredera, tiene que recibir, pero no dar”.

En ningún caso será el cónyuge quien lleve a cabo esta acción, que no le pertenece, además de ser contraproducente el permitir el bloqueo de una opción más que beneficiosa para todas las partes.

En según lugar, y habida cuenta de la anterior sentencia en la que se menciona, la opción de este artículo solo tendrá cabida en supuestos de usufructo legal del viudo, en ningún caso cuando se le conceda un usufructo universal, y es que, si la conmutación es

la concreción del usufructo en otros bienes en propiedad, esto no es posible cuando el usufructo no se limite a la legítima²⁹.

En tercer lugar, y ligado con el primer presupuesto, es en cuanto al mutuo acuerdo al que se refiere el artículo 839 CC, y como establece la STS 30 de junio 2006³⁰: “*la conmutación del mismo por acuerdo unánime con todos los herederos*”, con la mera aprobación del cónyuge, que en cuyo defecto aprobará el juez. Sin embargo, el acuerdo de todos los herederos puede suponer también un problema, y es que puede dar lugar a chantajes de alguno de ellos, obteniendo algún beneficio de aceptar la conmutación³¹.

Por otro lado, un supuesto que va en aumento por las nuevas formas de familia que se están dando, es el que recoge el art. 840 del CC, al determinar que cuando el cónyuge viudo concorra con hijos solo del causante, el legitimado para solicitar la conmutación será cónyuge, solo si concurre con hijos no comunes; aunque en todo caso, si el cónyuge no ejercita su derecho podrán hacerlo los hijos en virtud del art. 839 CC³². Por otro lado, este artículo supone un cambio respecto al anterior en cuanto al pago del usufructo, y es que se reduce a dos opciones: un capital en dinero o un lote de bienes. La elección respecto a qué y cómo será el pago corresponde a los hijos, ya que son quienes efectuarán tal pago, aunque en todo caso con la aprobación del cónyuge, y en su defecto, de la autoridad judicial competente.

Por último, cabe mencionar la posibilidad de una intervención por parte del causante en la conmutación, opción que tanto RUBIO GARRIDO, T. cómo FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. se plantean³³. Se trata de una cuestión que no encontramos prevista en el art. 839 CC, y, sin embargo, daría solución al engorroso problema que supone la legítima en usufructo del cónyuge viudo.

En nuestra opinión, si bien es cierto que el testador no puede ni obligar ni ejercitar por si mismo la facultad que concede el art. 839 CC, la finalidad que pretende este artículo

²⁹ SAP Cantabria 25 septiembre 2003 (AC/2003/1949)

³⁰ RJ\2006\3978

³¹ RUBIO GARRIDO, T.: *Las legítimas y la libertad de testar*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 149.

³² ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “La satisfacción de la legítima en el Código Civil español. Panorama jurisprudencial”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, nº1, 2020, p. 300.

³³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “La conmutación...” *op. cit.* p. 63; y RUBIO GARRIDO, T., *Las legítimas... op. cit.* p. 150

puede lograrse por otras vías. La manera más sencilla de dar solución a este problema en testamento sería, testar en favor del cónyuge en calidad de propietario, con el límite cuantitativo de la legítima, en lugar de otorgar la cuota legítima en usufructo, ya sea por defecto u otorgando una cuota superior a la legal. De esta manera podría evitarse una cláusula que podría determinarse ilegítima en la apertura del testamento, y los problemas que surgen con el nacimiento del usufructo.

Otras cuestiones

a. Medios de pago

Los mismos artículos que regulan la conmutación establecen cuales serán los medios de pago en cada uno de los casos, como ya hemos referido, tres opciones en el caso del art. 839 y dos para el art. 840. Vamos a realizar un breve examen sobre estos medios y los problemas que pueden suponer.

En primer lugar, en virtud del art. 839, encontramos la opción de la asignación de una renta vitalicia al cónyuge por parte de los herederos. Esto supone un cambio en cuanto el cónyuge viudo pasa de ser titular de un derecho real a serlo de un derecho de crédito, por lo tanto, va a tener derecho a exigir una garantía que asegure el medio de pago.

En segundo lugar, continuando con el mismo artículo, tenemos la opción de asignar los productos de determinados bienes. Esta opción supuso cierto desconcierto, sin embargo, la doctrina más autorizada³⁴ concluyó que se trata exclusivamente del derecho a percibir el producto, mientras que la posesión de los bienes la mantiene el heredero deudor. Como el anterior, se trata de un derecho de crédito, para el que podrá exigir una garantía³⁵.

En tercer lugar, y de manera común a ambos artículos, el medio de pago podrá ser un capital en efectivo, lo que será la solución más sencilla y cómoda para todas las partes, puede incluso considerarse una compra del derecho de usufructo.

³⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A: “La conmutación...” *op. cit.* citando a GULLÓN BALLESTEROS y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, p. 68.

³⁵ *Ibidem*, pp. 67-69.

Por último, y para enlazar con el siguiente epígrafe, es importante destacar el hecho de que, una vez establecido el medio de pago, este es definitivo, no cabe posibilidad de cambio³⁶. Una sentencia interesante a este respecto es la STS 5 de abril 2019³⁷, en la que se trata un caso de un negocio perteneciente al caudal hereditario que ve reducidos sus beneficios. El pago del usufructo se llevó a cabo a cambio de una renta vitalicia actualizable al IPC anualmente, lo que pretenden cambiar los herederos deudores, alegando como causa de la disminución de ingresos sufrida por la sociedad. La sentencia establece que se podría haber establecido como renta vitalicia un porcentaje de los beneficios, haciéndola así participe tanto de las ganancias como de las pérdidas, pero en ningún caso será posible modificarla.

b. Momento de la conmutación

El artículo 839.II CC establece que hasta que no se lleve a cabo la conmutación, todos los bienes de la herencia son potenciales pagadores del usufructo. Puede considerarse, y así lo hacen algunos autores, que este párrafo es una garantía, no de la conmutación, sino del propio usufructo del cónyuge viudo, de tal manera que hasta que no se concrete el pago no se extingue el derecho del cónyuge, ni siquiera por la enajenación de bienes hereditarios³⁸.

En cuanto al momento propio de la conmutación, encontramos sentada jurisprudencia que establece que solo podrá tener efecto si se realiza antes de la partición, ya que, de no ser así, y poder ejecutar la conmutación de manera posterior a la partición, la adjudicación nunca sería definitiva³⁹.

En conclusión, podemos decir que la conmutación solo cabe mientras se mantengan todos los bienes afectos al pago, y una vez hecha la partición, esta opción desaparece⁴⁰.

³⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “La satisfacción...” *op. cit.* p. 299

³⁷ RJ/2019/1360

³⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A: “La conmutación...” *op. cit.* pp. 69-70

³⁹ SAP Asturias 25 mayo 2004 (JUR 2004\185542) citando a la STS 28 de marzo 1924.

⁴⁰ CORRAL GARCÍA, E.: *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 113-114

c. Valoración

Es fundamental para poder llevar a cabo el pago del usufructo, conocer cuál es su valor, con la intención de que esto no suponga un agravio para el cónyuge viudo.

En primer lugar, debemos determinar el valor de qué momento vamos a utilizar para establecer el valor del usufructo, para lo que los tribunales han dado una efectiva solución. De esta forma la SAP Murcia 4 de febrero 2006⁴¹ establece: “*El patrimonio relicto ha de valorarse a los precios y cotizaciones del momento mismo de la conmutación, y no a los de la apertura de la sucesión*”. Mientras que la SAP Lugo 2 de marzo 2006⁴²: “*se estima más equitativo el fijar la edad del usufructuario, a estos efectos, al momento del fallecimiento del causante*”. La segunda sentencia tiene una clara vocación de evitar la dilación del procedimiento para reducir el valor y por tanto el pago del usufructo.

Por otro lado, a pesar de la vital importancia de tener una valoración fiel al derecho de usufructo, encontramos que la legislación civil carece de ningún método para calcularlo, por lo que durante mucho tiempo se ha recurrido a normas tributarias, en concreto a los criterios utilizados por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones para calcular la base imponible del usufructo. Esta solución para el cálculo del valor la llevamos viendo en sentencias del TS desde 1956, si bien, la SAP de Las Palmas, 8 de mayo 1996⁴³ rechaza la aplicación de las normas fiscales, entendiéndolo que carecen de efectos jurídicos civiles y que no coinciden con el valor real de mercado del bien⁴⁴.

Una de las sentencias más recientes en este sentido es de la AP Madrid de 30 septiembre 2019. La sentencia del recurso trae a colación la doctrina de LACRUZ BERMEJO para lo que refiere a la valoración, ya que, aun estimando la aplicación de la fórmula establecida en la regulación fiscal, no podrá aplicarse coeficientes fijados en la misma,

⁴¹ JUR 2006/68577

⁴² JUR 2006/172229

⁴³ AC 1996/933

⁴⁴ CORRAL GARCÍA, E.: *Los derechos del...* op. cit. p. 115

centrándose en lo que a la edad del cónyuge viudo se refiere. En la sentencia encontramos esta cita al propio autor:

“La valoración de la herencia a efectos fiscales y a tenor de la edad del cónyuge viudo, en principio no sería de recibo, [...] "d) La conmutación ha de realizarse antes de quedar formalizada la partición: así lo exige la estabilidad de la situación del viudo y lo presupone el art. 839.2º (Sentencia 12 marzo 1924). Para llevarla a cabo es preciso en primer lugar fijar el valor del usufructo, a cuyo efecto el patrimonio relicto se valoraría a los precios y cotizaciones del momento mismo de la conmutación, y no a los de la apertura de la sucesión. En cuanto a las probabilidades de vida en el momento de la conmutación, el tema es de apreciación judicial, acaso teniendo en cuenta, en supuestos excepcionales, al individuo concreto, pero sobre todo las tablas estadísticas más recientes y solventes. Es inadecuado, en esta cuestión de mero hecho, el uso de los coeficientes fijados en las leyes fiscales, como si las probabilidades de vida tuvieran que ser confirmadas por la ley”⁴⁵.

En cuanto a las fórmulas fiscales, nos referimos a la del cálculo de la base imponible del impuesto de sucesiones y donaciones:

En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más, con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total.⁴⁶

La conclusión que extraemos es que la valoración ha de adaptarse al caso, y sobre todo al usufructuario. Aplicando normas fiscales en lo que a la formulación se refiere,

⁴⁵ AP Madrid de 30 septiembre 2019 (JUR 2019/309119), citando Lacruz Berdejo Elementos de Derecho Civil V "Derecho de sucesiones" Librería Bosch 1981, p. 479.

⁴⁶ Art. 26 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

evitando en todo caso emplear tablas fijadas para la determinación de las expectativas de vida.

3.2. *Desheredación e indignidad*

En cuanto a las distintas causas de desheredación e indignidad me limitaré a referenciar al Código Civil. Siguiendo el orden establecido en el Código, en primer lugar, comentaré las causas de indignidad, a las que luego se hará referencia en las causas de desheredación, y en cuanto a las de desheredación, me centraré en las específicas del cónyuge, ya que es lo que nos compete en este trabajo.

Las causas de indignidad suponen la incapacidad para suceder en virtud del artículo 756 del Código Civil.

Los dos primeros supuestos, quizá los más graves, incapacitan para suceder al que atenta contra la vida o causa lesiones y al que atente contra la libertad, integridad moral, libertad e indemnidad sexual al causante, cónyuge o persona unida por análoga relación, descendientes y ascendientes, siempre que fuera condenado por sentencia firme. El segundo apartado también excluye al condenado por cometer un *delito contra los derechos y deberes familiares, respecto a la herencia de la persona agraviada* y cuando se le haya retirado la patria potestad, tutela o acogimiento del causante.

Este artículo sigue incapacitando al que denuncia por delito de pena grave, cuando tal denuncia se declare falsa; a cualquier heredero mayor de edad que sabiendo de la muerte violenta del testado no la denuncie, salvo en el caso que la ley excuse esta obligación; al que mediando amenaza o violencia obliga al testador a hacer o cambiar el testamento, impida hacer uno nuevo u oculte el posterior; y por último, al que no preste las atenciones debidas al testador cuando se trate de una persona con discapacidad.

En cuanto a la desheredación, el art. 849 CC exige que se haga en testamento, expresando en él la causa legal que la fundamenta.

Las causas justas de desheredación al cónyuge las encontramos en el artículo 855, y son, además de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º mencionados anteriormente del artículo 756 CC: (1) el incumplimiento de los deberes conyugales, (2) las causas de pérdida de la

patria potestad, (3) la negativa a prestar alimentos a hijos o al cónyuge, y (4) haber atentado contra su vida, salvo el caso de reconciliación.

El caso de la reconciliación o perdón, en virtud del artículo 856 CC *priva del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha*. La reconciliación ha de ser con el desheredante, no del desheredado con el ofendido si fuera persona distinta del causante⁴⁷.

3.3. Extinción del usufructo del cónyuge viudo

El usufructo del cónyuge viudo, por ser vitalicio, tiene como modo de extinción natural el fallecimiento del usufructuario, sin embargo, tanto el Código Civil como los derechos forales establecen supuestos que ponen fin a este derecho real que posee el cónyuge.

Lo limitaremos a una breve mención de las distintas circunstancias que suponen la extinción del usufructo.

En primer lugar, el Código Civil no menciona las causas de extinción del usufructo del cónyuge viudo en concreto, por lo que en derecho común encontramos exclusivamente las causas genéricas de extinción (art. 513 CC). Estas son, además de la muerte: la reunión del usufructo y la propiedad en la misma persona, esto puede ocurrir en el caso que el nudo propietario, siendo hijo del usufructuario, fallezca sin descendencia, y sea el ascendiente heredero; por la renuncia; o por la pérdida total de la cosa. Me he referido a cuatro de los siete supuestos que enumera el Código Civil, ya que el resto no afectan al que nos estamos refiriendo, por ser vitalicio y el constituyente estar fallecido.

Aunque el Código Civil se limita a las causas genéricas, los distintos derechos forales sí aportan causas específicas, la mayoría comunes entre sí. Podemos destacar los siguientes supuestos de extinción: por contraer ulterior matrimonio⁴⁸; por llevar vida

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 410-411.

⁴⁸ Art. 301 TRCDFAr, Ley 261 CDFNa, art. 55 LDCV y art. 236 LCDGal

marital estable⁴⁹; por corromper o abandonar a los hijos⁵⁰; por incumplimiento de las obligaciones como usufructuario⁵¹; y por disponer de los bienes usufructuados sin consentimiento, ni tratándose de necesidad para el pago de las deudas hereditarias⁵².



⁴⁹ Art. 55 LDCV, Art. 301 TRCDFAr, Ley 261 CDFNa y art. 236 LCDGal

⁵⁰ Art. 301 TRCDFAr y Ley 262 CDFNa

⁵¹ Art. 301 TRCDFAr, Ley 262 CDFNa y art. 237 LCDGal

⁵² Ley 262 CDFNa



II. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR

Cuando hablamos de la delegación de la facultad de mejorar nos referimos a la fiducia sucesoria, que encontramos regulada en el Código Civil español en su art. 831. Mediante este artículo, el legislador permite a los cónyuges facultar a su consorte, para tras su fallecimiento, pueda llevar a cabo mejoras a hijos y descendientes comunes.

1. MARCO LEGAL

1.1. Origen, reformas y marco legal.

El origen de esta opción que se concede a los cónyuges –y no solo a los cónyuges, sino, como veremos, también a aquellas parejas que compartan descendencia, incluso fuera del matrimonio– lo encontramos en los derechos forales. Sin profundizar demasiado en esta cuestión, es importante mencionar que supone una ampliación de la libertad de testar, que vemos señaladamente más desarrollada o flexible en los derechos forales, además de suponer un fortalecimiento de la posición familiar del cónyuge viudo.

Conociendo el origen, podemos hacer una comparativa, y es que, mientras que las regulaciones autonómicas tienen entre cinco y veinticinco artículos para regular esta cuestión, el derecho común tiene exclusivamente el art. 831 CC⁵³.

Por otro lado, en cuanto a las reformas, vemos una evolución, no solo en el contenido si no también en la extensión de dicho artículo.

En el texto original del art. 831 CC encontrábamos un solo párrafo:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda, que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

⁵³ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831 del CC”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (directores) *Código Civil Comentado*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 907.

Sumamente escueto, limitaba la facultad de delegar a hacerse en capitulaciones matrimoniales y para los supuestos en que alguno de los cónyuges falleciera intestado.

Casi un siglo más tarde llega la primera reforma con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ampliando sutilmente su contenido:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Esta reforma supone una ampliación en la posibilidad de ordenar la fiducia, pasando de estar limitada a las capitulaciones matrimoniales a poder llevarse a cabo tanto en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio como en otras posteriores, sumado a la facultad de hacerlo en testamento, convirtiéndose en un acto unilateral⁵⁴. Es destacable que desaparece el requisito de fallecer intestado para ejercer la facultad.

Además, la ampliación de momentos o modos para ejercer la fiducia supone un avance en cuanto a la utilidad de esta opción, dado que el hecho de limitarla a capitulaciones suponía su desuso, por no existir en el derecho común costumbre de establecer capitulaciones⁵⁵. De esta forma, permite mantener el patrimonio familiar unificado más tiempo, y poder repartirlo de una manera más equitativa en el futuro.

⁵⁴ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: artículo 831 del Código Civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, 2020, p. 801.

⁵⁵ MARTÍN PÉREZ, J. A.: “Comentario el art. 831 del CC” en Pasquau Liaño, M. (director) *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*. Tomo I, Comares, Granada, 2000, p. 1552.

Aún encontramos una última reforma, la que nos deja el actual art. 831 CC con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Es cuanto menos, destacable, que, a pesar de la denominación de la ley, y una larga exposición de motivos en torno a la protección de las personas con discapacidad o diversidad funcional⁵⁶, el artículo objeto de estudio no hace ninguna referencia a esta condición.

La actual redacción queda de la siguiente manera:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

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

⁵⁶ En este trabajo hablaré en todo momento de personas con discapacidad, por entender que es la manera más inclusiva de hacer referencia a aquellas personas que sufren cualquier tipo de limitación. La nueva denominación de diversidad funcional puede suponer en algunos casos la invisibilización de aquellas funciones que una persona con determinadas limitaciones realmente no puede hacer, y para las que necesita adaptaciones para poder lograr de una manera diferente.

2. *Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.*

3. *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.*

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

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 sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. *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 descendientes 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.

5. *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.*

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.»

En primer lugar, en la exposición de motivos VII d), en cuanto a la reforma del art. 831 CC, trata de conceder amplias facultades al cónyuge supérstite para mejorar y distribuir la herencia, con la intención de no precipitar la partición cuando un descendiente tenga alguna discapacidad, para poder tener en cuenta cualquier modificación de las circunstancias y necesidades de la persona con discapacidad.

Aunque no corresponde expresamente al tema en el que nos centramos, sí me gustaría mencionar la reforma del art. 1041 CC que evita que se pueda traer a colación los gastos que se realicen para cubrir las necesidades especiales de los hijos con discapacidad.

Como explica VIVES VELO DE ANTELO, M.P.⁵⁷, otorgar al cónyuge superviviente la facultad de mejorar y distribuir la herencia del causante podría tener un efecto muy positivo para compensar la pérdida personal, logrando evitar un menoscabo en la economía familiar. A pesar de que la nueva formulación tiene como finalidad que la partición de la herencia se adapte a las necesidades del descendiente con discapacidad, el art. 831 CC no menciona nada acerca de esto, lo que permite emplear la fiducia sucesoria para múltiples fines, entre los cuales encontramos el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo.

Es evidente que otorgar la facultad de mejorar y distribuir la herencia del causante coloca al cónyuge supérstite en una posición de amplio poder, que puede utilizarse para evitar que sufra un grave menoscabo en su economía y calidad de vida como ya estudiamos en la primera parte del trabajo, pues al tener la facultad de administrar y partir podrá mantener una situación estable parecida a la previa al fallecimiento, no obstante, en ningún caso podrá emplear la facultad en su propio beneficio, siendo esto algo absolutamente inmoral, sino siempre desde la perspectiva de la economía familiar.

⁵⁷ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento... *op. cit.* p. 802.

1.2.Pactos sucesorios.

Los pactos sucesorios se prohíben, o no se permiten, en virtud del art. 1271 CC, el cual establece que *pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*, con la excepción de pactos sobre la herencia futura.

Pese a que la actual redacción del art. 831 CC no supone un pacto sucesorio, hasta la reforma de la Ley 41/2003 sí podía entenderse como tal, por la posibilidad de pactarlo en capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, autores como CÁMARA LAPUENTE, S.⁵⁸ consideran que en ningún caso la anterior formulación suponía un pacto sobre la herencia futura, pues al tratarse de un acto esencialmente personal, este podía revocarse en testamento posterior a las capitulaciones.

En cuanto a la prohibición de los pactos, podemos destacar el hecho de que en los derechos forales sí están regulados, y no sería de extrañar que de la misma forma en que se inspiraron en estos cuerpos legales para incluir la fiducia sucesoria, lo hagan para dar paso a la posibilidad de los pactos sucesorios en determinados supuestos.

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 908.

2. DESARROLLO DE LA FIDUCIA SUCESORIA.

Al hilo de las modificaciones que ha sufrido el art. 831 CC, nos centraremos en la actual regulación y haremos un estudio desde todas las perspectivas de la fiducia sucesoria.

2.1. Función y finalidad

Podemos decir que la fiducia tiene algunas funciones, aunque no estén explícitamente expresadas en su regulación. En primer lugar, encontramos dos funciones que comparten finalidad, por un lado, postergar el momento de partición de la herencia, y por otro, preservar la integridad del patrimonio familiar, su finalidad común, llevar a cabo la partición de la herencia en el momento más indicado, para hacerlo en las mejores condiciones y procurando ocasionar el menor perjuicio a cualquiera de las partes. La tercera función que podemos encontrar es la de fortalecer la posición y autoridad del cónyuge supérstite, finalidad similar a la del usufructo universal, con la intención de salvaguardar la unidad familiar y capacidad económica del cónyuge. La última función sería la de gestionar un patrimonio, que, de dividirse, puede converger en una merma patrimonial de todas las partes⁵⁹.

2.2. Carácter excepcional

El art. 831 CC supone una excepción a la regla general, no solo respecto del artículo que le precede y que en su misma redacción menciona, sino de otros tantos que con su contenido genera una situación extraordinaria.

En primer lugar, el art. 831 CC supone una excepción al art. 830 CC, que expresa la prohibición de delegar la facultad de mejorar a otro, en lo que podemos resumir que consiste el artículo en cuestión.

En segundo lugar, y siguiendo el orden del Código Civil, también supone una excepción al art. 670 CC que establece el carácter personalísimo del testamento, prohibiendo dejar su formación, total o parcial, al arbitrio de un tercero, que es

⁵⁹ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* pp. 908-909.

exactamente lo que implica el art. 831 CC, que una persona distinta al testador designe qué porciones corresponden a cada heredero, incluso en partes desiguales⁶⁰.

La tercera excepción es la del art. 806 CC, el cual considera la legítima una porción de bienes, *pars bonorum*, propios del testador; mientras que el art. 831 CC permite satisfacer la legítima con bienes de la sociedad conyugal, incluso con bienes privativos del cónyuge, pasando a ser una *pars valoris*⁶¹.

La cuarta es una excepción a uno de los principios fundamentales del derecho sucesorio, y es la intangibilidad cualitativa de la legítima. La intangibilidad cualitativa de la legítima viene regulada en el art. 813 CC y prohíbe la privación de la legítima a los herederos forzosos, su gravamen o condicionamiento. Esto implica que no puede establecerse cargas ni aplazar el pago de la legítima. Sin embargo, el art. 831 CC admite el retraso de la partición, incluso hasta la apertura del testamento del cónyuge delegado⁶². Sobre esta cuestión incidiré en el apartado 2.3.3 de los límites de la fiducia sucesoria, el respeto a la legítima.

Por último, excepciona el art. 1057.1 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*, entendiendo que el cónyuge sea coheredero. Además, el cónyuge al que se delega la facultad de mejorar tiene más facultades que las del contador-partidor, convirtiéndose en un gestor y administrador, incluso cabría admitir actos dispositivos de los bienes hereditarios, siempre que tengan como finalidad la conservación del patrimonio⁶³.

Cabe la mención por la controversia que pudo generar, la cuestión de la excepción de los pactos sucesorio prohibidos en el art. 1271.2 CC. Hasta la reforma de 2003 parte de la doctrina sostenía que el art. 831 CC excepcionaba esta norma, sin embargo, CÁMARA LAPUENTE, S.⁶⁴ no considera que esto fuera una excepción, pues la delegación no suponía

⁶⁰ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento...”, *op. cit.* p. 803.

⁶¹ *Ibidem.* p. 804.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 908.

la pérdida de las facultades del testador ni *inter vivos* ni *mortis causa*, ni confiere derechos sobre la herencia futura, porque, además, y como se verá en el apartado 2.3.3, la delegación tiene como límite el respeto a las disposiciones del testador.

2.3. Contenido

2.3.1. Sujetos

Fiduciario

Como regla general, el fiduciario será el cónyuge supérstite, como expresa el art. 831.1: *podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento*, sin embargo, el apartado 6 establece que *también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí*. Por lo tanto, podemos entender que el único requisito indispensable es la descendencia común.

En cuanto a la persona que ejerce la posición de fiduciario surgen una serie de cuestiones o problemáticas, mejor o peor resueltas por la redacción del artículo y la doctrina.

En primer lugar, podemos preguntarnos cuales son los requisitos para otorgar y ejercer la fiducia. En este caso CÁMARA LAPUENTE⁶⁵ determina que son la capacidad de disponer y la de suceder al causante, ya que, aunque no le corresponda una posición de heredero, no podrá incurrir en causa de indignidad o desheredación, pues algo así supondría un quebrantamiento de la confianza que hace nacer la fiducia sucesoria. Esta cuestión está resuelta en algunos derechos forales, que contemplan las causas de indignidad y desheredación como justa causa para revocar la delegación de mejorar.

El problema principal en cuanto al fiduciario viene entorno al matrimonio, si está vigente; si se encuentra en crisis en el momento del fallecimiento; si existe una sentencia de separación, divorcio o nulidad; o incluso si estando casado en segundas nupcias con hijos de un matrimonio previo es al excónyuge a quien se otorga la facultad de mejorar.

⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 910.

Es evidente que esto va a generar dudas y cuestiones, de hecho, la doctrina está dividida en según qué aspectos.

Por un lado, el art. 831.5 CC resuelve parte de la casuística, estableciendo 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*. Por lo tanto, por regla general, ante estas situaciones el fiduciario perderá esta posición, sin embargo, el mismo artículo permite al testador dispensar este requisito en testamento para pese a estas situaciones, mantener la delegación.

En cuanto a esta cuestión, y a tenor del artículo 831 CC en su totalidad, podemos entender que la delegación no nace del matrimonio, sino de la confianza en la persona con la que se comparte la paternidad. Es probablemente en esta cuestión donde vemos, o principalmente podemos entender, que está la protección o salvaguarda del matrimonio de los descendientes con discapacidad, pues no exige que sea al cónyuge vigente a quien se conceda la cualidad de fiduciario, sino que puede otorgarse al excónyuge con quien se comparte un descendiente con discapacidad⁶⁶.

En todo caso, el supuesto que describe el apartado 5 es en caso de que el fallecimiento sea la causa de disolución del matrimonio, no obstante, puede ocurrir que en el momento del fallecimiento la pareja se encontrase inmersa en un proceso de crisis matrimonial, es aquí donde encontramos la división de la doctrina.

Una parte mayoritaria de la doctrina considera que ante una situación de crisis matrimonial la fiducia quedaría revocada, pues supone un quebranto de la confianza que hace nacer tal delegación. Este sector doctrinal emplea como argumento de refuerzo que esta situación supone la pérdida de los derechos sucesorios abintestato. Por otro lado, un sector minoritario considera que, pese a la separación o divorcio, puesto que la delegación no va ligada a ningún derecho sucesorio, y así lo demuestra que pueda delegarse a cualquier persona con descendencia común independientemente de la situación marital,

⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho...* op. cit. p. 347.

no tiene por qué quedar revocada la fiducia, ya que esta se otorga en virtud de una confianza que no tiene por qué verse quebrada por una separación o divorcio⁶⁷.

Ante esta división, cabe mención a la posición que adopta Albaladejo, que considera que estando pendiente el proceso de separación, nulidad o divorcio, se aplica el art. 102.2 CC, *quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro*, pues presume una quiebra de la confianza siempre que no haya disposición en contrario⁶⁸.

Respecto a la equiparación a las parejas de hecho del art. 831.6 CC, hemos de tener en cuenta que la delegación de la facultad de mejorar se otorga en virtud de una confianza que se presume que nace de la paternidad común, de manera no necesariamente dependiente de la *affectio maritalis* ni de la situación legal del matrimonio. Si bien, en esta situación abre diversas posibilidades que pueden complicarse cuando salen de la teoría y se dan en la vida real.

Puede darse, en primer lugar, que una pareja de hecho, sin contraer matrimonio tengan descendencia común, en este caso la norma equipara ambas situaciones, algo cada vez más habitual.

También puede darse la situación de existir una relación estable en cualquier situación legal con una persona, y tener descendencia con otra. En este caso podrá establecerse la fiducia en favor de la persona con quien se comparte la paternidad, y esto, puede ser complicado en la práctica⁶⁹.

Además, podrá concurrir descendencia con distintas parejas. En este caso podrá designar fiduciario tanto al cónyuge como a las personas con quien comparta descendencia previa. El apartado primero establece que el fiduciario tendrá potestad para *realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras*, aquí podemos plantear otra cuestión. Establece que solo podrá mejorar a la descendencia común, y en todo caso

⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 911.

⁶⁸ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento...”, *op. cit.* p. 811, citando ALBALADEJO, M.: La mejora, editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003, p.68.

⁶⁹ *Ibidem.* p. 810.

respetando la legítima de los descendientes no comunes, sobre esta cuestión incidiremos en el apartado 2.3.5.

Sin embargo, cabe preguntarse si pudiera establecerse una fiducia en favor de dos fiduciarios distintos, por tener descendencia común con ambos. En este caso sería necesario que el testador realizara una previsión sobre la ejecución y división de la cuota de la herencia que quiere que cada fiduciario tenga capacidad de mejorar, pues de no hacerlo la situación sería fuente de desencuentros, y, por tanto, inoperativa. Podría, por ejemplo, otorgarse la fiducia a parte iguales a ambos fiduciarios con descendencia común, o si fuera más conveniente podría dividirse la mejora en cuotas proporcionales y la libre disposición hacerlo en cuotas distintas, o facultarla por completo a uno solo de los fiduciarios. Habría infinidad de posibilidades para el caso en que el causante considere que esta es la opción más beneficiosa para el patrimonio familiar o para sus descendientes.

Beneficiario

Los beneficiarios serán los descendientes comunes del causante. En principio no supone mayor problemática, aunque habrá supuestos que compliquen la situación.

Puede darse que los hijos comunes concurren en causas de indignidad o desheredación, en tal caso el delegado no podrá revocar esta situación si así lo ha expresado el testador en virtud del principio de respeto de las disposiciones del testador, de igual manera que si el causante no desheredó al hijo en testamento, el delegado no podrá hacerlo, aunque si podrá quitarle la parte de mejora de la que dispone⁷⁰.

Otra posibilidad será que existan hijos no comunes, en tal caso el testador podrá determinar que cuota desea establecer de mejora, si quiere mejorarlos, porque el delegado solo podrá hacerlo de los comunes. En ningún caso podrá privárseles de la legítima, no obstante, puede ocurrir que se dé una preterición, intencional o no, cuestión que estudiaremos en el apartado 2.3.5.

⁷⁰ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 912.

2.3.2. Revocabilidad

En cuanto a la revocabilidad de la facultad concedida por parte del delegante al fiduciario, tras la reforma de 2003 no hay lugar a dudas, pues siendo mediante testamento la única manera de delegar la facultad de mejorar, este es un acto esencialmente revocable, por lo que tal delegación también lo es.

Sin embargo, ante el supuesto de llevar a cabo una promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales conforme al art. 826 CC, –que no anula el art. 831 CC, pese a limitar la delegación de la facultad de mejorar a hacerlo en testamento–, esta promesa podría revocarse en testamento, pues no es una materia contractual, y se trata de una parte de la esfera personal del causante, por lo que cabe revocación en todo caso⁷¹.

2.3.3. Límites

Respecto a los límites de la fiducia sucesoria vamos a seguir la idea de CÁMARA LAPUENTE, S.⁷² en su comentario al Código Civil.

En primer lugar, el respeto a las disposiciones del testador. El artículo 831.3 CC establece que el fiduciario *deberá respetar [...] y demás disposiciones del causante*. Menciona a los descendientes comunes, pero debe interpretarse de manera extensa incluyendo descendientes no comunes y terceros. Por lo tanto, las facultades del fiduciario son tales en tanto no lo haga el causante, sea *inter vivos* o *mortis causa*. Si el causante delega la facultad de mejorar al cónyuge, y a su vez dispone del tercio de mejora y libre disposición, las facultades se limitarán a la adjudicación de bienes.

El segundo límite será el resto a las legítimas estrictas, tanto de los descendientes comunes como de los no comunes. A este respecto el art. 831.3 CC establece en favor de los descendientes comunes que puedan verse perjudicados un mecanismo de defensa frente a los actos del fiduciario, para anular en tanto sea necesario los actos del delegado a fin de cumplir con la legítima estricta que les corresponde.

⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho...* op. cit. p. 347.

⁷² CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, op. cit. pp. 916-920.

En lo que respecta a la legítima de los no comunes, se abre mayor debate. La fiducia en ningún caso podrá alterar el régimen de legítimas de los descendientes no comunes. Se puede interpretar que, basándose la fiducia en una relación de confianza, podría delegarse incluso la posibilidad de mejorar a los descendientes no comunes, o al menos dar la posibilidad en testamento de determinarlo así. Sin embargo, en pro del respeto de las legítimas de estos, el pago no puede verse aplazado en ningún caso, siendo necesariamente pagado con bienes hereditarios, a diferencia de las cuotas de los descendientes comunes que cabe el pago con bienes de la sociedad conyugal, incluso privativos del cónyuge. Además, se abre una cuestión que puede dar lugar a controversias, y es que, a falta de disposiciones del testador en tanto a las legítimas de los descendientes no comunes, estas no se limitarán a las legítimas estrictas, sino que serán la parte proporcional de la legítima larga.

En mi opinión esta es la forma más equitativa de establecer la legítima de los descendientes no comunes, pues será normal que el cónyuge mejore a sus hijos frente a los del causante, aunque habrá casos en los que no, la regulación o su interpretación no puede hacerse en base a las excepciones.

2.3.4. Ejecución y facultades

En cuanto a la ejecución de la fiducia sucesoria, el art. 831 CC autoriza a ejecutarla mediante actos *inter vivos* y *mortis causa*, en un solo acto o en varios, simultáneos o sucesivos. Esto se traduce en una gran libertad del fiduciario para actuar y llevar a cabo la partición⁷³.

Respecto a la posibilidad de hacerlo mediante actos *inter vivos*, en ningún caso esta se entenderá cómo donación, sino que siempre será a título sucesorio. Sin embargo, y como establece el propio artículo, el fiduciario podrá ejercer sus facultades en testamento, en cuyo caso será revocable la partición durante toda la vida del fiduciario⁷⁴.

⁷³ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* pp. 912-913.

⁷⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831...” *op. cit.* p. 1128.

Por último, la ejecución ha de hacerse en el tiempo señalado por el testador, que puede establecer que sea toda la vida del fiduciario, no obstante, en defecto de determinación, la ley establece un plazo de dos años.

Por otro lado, las facultades que se otorgan con la fiducia sucesoria son las más amplias en cuanto a la administración del patrimonio hereditario, mayores incluso que las del contador-partidor, sin perjuicio de que el testador al hacer la delegación establezca los límites que considere⁷⁵.

En primer lugar, la facultad fundamental es la de mejorar. Esta podrá ejercerse incluso con cargo al tercio de libre disposición si no lo dispuso el causante. Además, de manera extraordinaria, permite al cónyuge establecer en que cuota se mejora a cada legitimario, incluso mejorar solo a algunos o hacerlo con cargo a bienes propios o de la sociedad conyugal.

En segundo lugar, tiene facultades de administración, ligadas al deber de conservación del bien y procurar la mayor rentabilidad⁷⁶. Es decir, mientras el caudal hereditario esté pendiente de asignación, el cónyuge ha de administrar y gestionar el patrimonio, lo que ayuda a reforzar su posición frente a los descendientes⁷⁷. Además, se le concede al fiduciario la posesión de los bienes y la representación judicial de la herencia, así como derechos de cobro y deber de pago de las deudas y cargas⁷⁸. Incluso, en pro de la conservación de la masa hereditaria, podrá realizar actos dispositivos, con el consentimiento de los legitimarios o autorización judicial si hubiera menores o incapacitados⁷⁹.

En tercer lugar, tenemos la facultad de partir, destacable por ser superiores incluso que las del contador-partidor. El delegado será quien fije las cuotas de los descendientes con los únicos límites de respeto a las legítimas y las disposiciones del causante. Puede

⁷⁵ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento...”, *op. cit.* p. 805.

⁷⁶ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento...”, *op. cit.* p. 809.

⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 912.

⁷⁸ *Ibidem.* p. 914.

⁷⁹ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento...”, *op. cit. idem.* p. 809.

considerarse la partición que ejecuta el fiduciario cómo hecha por el testador, incluso superior por poder ejecutar bienes de la sociedad conyugal o privativos del cónyuge⁸⁰.

En cuarto lugar, podemos unificar las facultades de distribuir, adjudicar y atribuir. Cómo se ha comentado antes, el fiduciario puede hacer la partición mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*. Las distribuciones *inter vivos* serán adjudicaciones particionales, en ningún caso tendrán calidad de donaciones, y son irrevocables, mientras que las adjudicaciones por actos *mortis causa* tienen carácter esencialmente revocable⁸¹.

Por otro lado, tenemos la facultad que otorga el art. 822 CC, que permite adjudicar al hijo o descendiente con discapacidad un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, que no se imputará en ninguno de los tercios que corresponden a la legítima. Esta atribución podrá venir impuesta por ley si fuera necesario para la persona con discapacidad si no lo prohibiera expresamente el causante. en tal caso, aunque fuera un descendiente no común el fiduciario se vería en la obligación de conceder este derecho de habitación⁸².

También encontramos, en quinta posición, la facultad que se confiera para liquidar la sociedad de gananciales. A este respecto encontramos debate doctrinal. Por un lado, un sector doctrinal considera que, en virtud de la literalidad del precepto puede entenderse que el viudo puede liquidar de manera unilateral la sociedad de gananciales cómo paso previo a la partición. Los argumentos que se emplean para avalar esta idea son principalmente que al poder satisfacer la legítima con bienes de la sociedad y privativos, pierde importancia la liquidación. Esta idea la defienden autores cómo BOLÁS ALFONSO, J.⁸³

Sin embargo, otro sector doctrinal, parece que más amplio, está en contra de la liquidación unilateral, alegando que podría tratarse de una autocontratación. Esta idea viene defendida por CÁMARA LAPUENTE, S., que defiende que podría suponer una vulneración de derechos ajenos. La solución que da para evitar estos problemas es que el

⁸⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831" *op. cit.* p. 1134.

⁸¹ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: "Fortalecimiento...", *op. cit. ibidem.* p. 807.

⁸² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831" *op. cit.* pp. 1132-1133.

⁸³ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: "Fortalecimiento...", *op. cit.* p. 808.

causante nombre un contador-partidos para liquidar la sociedad, aunque pueda ser innecesario cuando las facultades se ejerciten por actos *mortis causa*⁸⁴.

En este caso estoy de acuerdo con el sector doctrinal que se posiciona en contra de la liquidación unilateral. Me apoyo especialmente en la idea, también defendida por RUEDA ESTEBAN, L.⁸⁵, de que pueda emplearse para burlar legítimas y posibles acreedores. Además, si bien la solución que propone CÁMARA LAPUENTE, S., y RUEDA ESTEBAN, L. de nombrar un contador-partidor para la liquidación, puede salvarse cuando el fiduciario ejercite la delegación en su propio testamento, esta opción no será válida cuando exista descendencia no común por parte del cónyuge supérstite, pues convendría un conflicto de intereses.

Por último, y aunque esta cuestión se desarrollará en el epígrafe correspondiente, existe la facultad de atribuir la empresa familiar por el cauce del art. 1056 CC, siempre que se haga en favor de descendientes comunes⁸⁶.

2.3.5. Dudas o problemas

No son pocos los problemas que pueden surgir de la delegación de la facultad de mejorar, haremos un estudio de los problemas principales.

El primer problema surge en cuanto al plazo y momento de pago. El plazo podrá determinarlo el causante en testamento, o en su defecto será de dos años, pudiendo hacerse en un solo acto o varios⁸⁷. Esto parece claro, sin embargo, la cuestión del momento de pago y su aplazamiento no es pacífica. Si bien es cierto que el art. 813 CC determina que no podrá aplazarse ni condicionarse en ningún caso la legítima estricta, se puede entender que en virtud de la finalidad con la que se modificó el art. 831 CC, debe excepcionarse. En tanto se trata de una medida para proteger el patrimonio de las personas

⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* pp. 914-915.

⁸⁵ VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento...”, *op. cit.* pp. 808-809.

⁸⁶ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit.* p. 915.

⁸⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “La satisfacción...” *op. cit.* pp. 300-301.

con discapacidad, obligar al pago de la legítima al momento de la apertura de la sucesión podría suponer un menoscabo en el patrimonio del causante al dividirlo⁸⁸.

En segundo lugar, menos controvertido, encontramos la cuestión de si, puesto que el artículo no es explícito en su exclusividad para proteger el patrimonio de las personas con discapacidad, se puede interpretar que también es útil de la mano del art. 1056 CC para la transmisión de la empresa familiar. De esta manera podría legarse la empresa al heredero más idóneo, pagando al resto, incluso con cargo a la sociedad de gananciales o al patrimonio privativo del cónyuge lo que les corresponda de legítima⁸⁹. Esto se ampliará en el epígrafe correspondiente a esta cuestión.

Por otro lado, pueden surgir dudas en el caso de que exista un único descendiente común, pues en tal caso el tercio de mejora no tendría más remedio que ser para este. Sin embargo, existe la posibilidad de establecer la fiducia para instituir una sustitución fideicomisaria gravando la mejora en favor de los hijos nacidos de este descendiente común⁹⁰.

En cuarto lugar, tenemos las cuestiones en cuanto a la preterición, que puede darse tanto de descendientes comunes como de no comunes, para ello seguiremos el estudio de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C⁹¹.

El artículo 831.4 da solución al supuesto de la preterición no intencional de descendientes no comunes: *cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente 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.*

En tal caso, será de aplicación el art. 831.3 CC, aunque no mencione explícitamente a los descendientes no comunes, estos podrán solicitar la nulidad de los actos que sean necesarios para satisfacer su cuota legítima. En este caso tendrá derecho

⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831...”, *op. cit. Idem.* pp. 917.

⁸⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “La satisfacción...” *op. cit.* pp. 300-301.

⁹⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Comentario del art. 831 del CC” en Bercovitz Rodríguez- Cano, R. (director) *Comentarios al Código Civil Tomo V*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6178-6179.

⁹¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831...”, *op. cit.* pp. 1143-1145.

el descendiente no común a toda su cuota intestada, inclusive, según parte de la doctrina, a la parte proporcional del tercio de mejora.

Este respeto a la legítima que se establece ante la preterición no intencional no carece de valor cuando la preterición sea intencional por parte del testador, el delegado deberá respetar en todo caso el derecho a la legítima estricta.

En el caso de que la preterición sea intencional, por la motivación que sea, sin ser justa causa de desheredación, podemos entrar a cuestionar si se debe otorgar el tercio de mejora proporcional, ya que se puede interpretar que el causante no quería otorgarlo.

De la misma manera que el apartado 3 se emplea de manera análoga para los descendientes no comunes y extraños, el 4 lo haremos respecto a los comunes.

En cuanto a la preterición no intencional de los hijos o descendientes comunes, podemos suponer que el cónyuge al conocer esta preterición la salvará otorgando la cuota que le corresponda. Sin embargo, no siempre se tratará de una preterición no intencional, y por la situación, no siempre sabremos si lo es, –puede suceder que se crea muerto a un hijo y tras la muerte del causante se conozca que vive, pero habrá casos que se sepa vivo y no se mencione por error– por lo tanto, podemos cuestionarnos la voluntad del testador y por qué se lleva a cabo tal preterición.

Ante esta situación tendrá en todo caso derecho a su legítima estricta, y a la cuota de mejora que el cónyuge facultado considerase. No obstante, cuando se trate de una preterición intencional, se gestionará como una desheredación injusta, por lo que tendrá derecho a su legítima estricta, pero solo a esta, no permitiéndose al cónyuge realizar mejoras ni con cargo al tercio de libre disposición.

2.4. Forma

Los modos de establecer la fiducia sucesoria han variado con cada reforma del art. 831 CC.

En la primera redacción la única manera era hacerlo en capitulaciones matrimoniales, previas al matrimonio. En el territorio que rige el derecho común no

existía tradición de establecer capitulaciones, por lo que se mantuvo en desuso esta facultad.

Con la reforma de la Ley 11/1981 se amplió las posibilidades, al permitirse las capitulaciones en un momento distinto y su modificación a lo largo de la vigencia del matrimonio, además de la posibilidad de otorgarse la facultad al cónyuge en testamento.

En la actualidad el único modo por el que se puede delegar la facultad de mejorar es mediante testamento. Esto podrá hacerse ante notario, y será lo más frecuente, pero el testamento abierto no es la única opción que permite la Ley, sin embargo, consideramos que resulta la más conveniente. Habitualmente se establece el legado del usufructo universal al cónyuge junto con la delegación de mejorar, logrando un fortalecimiento de la posición del cónyuge frente a los descendientes. En el testamento habrá de establecerse cuales son las facultades que se delegan y cuales no, además del plazo en que ha de realizarse la partición, el cual será de dos años si no se expresa otra cosa⁹². Todas estas cuestiones y exigencias para que la fiducia sea útil y práctica suponen una redacción muy pormenorizada y especializada, por lo que sería conveniente recogerlas en un testamento ante notario, a fin de evitar errores que supongan la nulidad de la disposición o que no se logren los objetivos pretendidos.

⁹² VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: "Fortalecimiento...", *op. cit.* pp. 811-812.

3. UTILIDADES DE LA FIDUCIA SUCESORIA

3.1. Hijos o descendientes con discapacidad

Si nos centramos en las utilidades o fines en sentido estricto que tiene la delegación de la facultad de mejorar, necesitamos hablar de la protección de los hijos y descendientes con discapacidad. Como se mencionó, la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, reforma por última vez el art. 831 CC, sin embargo, en su redacción no hay ninguna referencia expresa a las personas con discapacidad⁹³.

Tampoco encontramos demasiada doctrina al respecto, sin embargo, se trata de una solución muy útil para la protección de las personas con discapacidad. Dada la redacción que encontramos en el art. 831 CC, entendemos que la determinación del fiduciario es una cuestión de confianza, independientemente de la *affectio maritalis*. Por ello es posible establecer la delegación no solo al cónyuge, sino que también a aquella persona con quien se comparta la paternidad, pudiendo ser un excónyuge o una persona con la que no haya existido un vínculo legal⁹⁴.

A este respecto, establecer la fiducia en favor del otro progenitor con quien se comparte un descendiente con discapacidad puede ser muy beneficioso para este, pues va a suponer una auténtica protección de su patrimonio y se le podrá garantizar una mejor calidad de vida.

También podemos encontrar un supuesto en el que no se confíe suficiente en el progenitor del descendiente con discapacidad, y haya mayor confianza en el cónyuge y se prefiera otorgar a este la fiducia sucesoria. En tal caso el art. 822 CC permite la adjudicación al descendiente con discapacidad del derecho de habitación sobre la vivienda habitual. Este derecho nacerá cuando conviva en el momento del fallecimiento

⁹³ De hecho, se presentaron enmiendas al proyecto de ley para evitar la modificación del art. 831 CC por parte del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y del Grupo Parlamentario Socialista. El primero suponía una reforma de gran calado del Derecho de sucesiones que trascendía el objeto de la ley y que requería pasar por la Comisión de Codificación (enmienda 13), y el segundo añade que la utilidad no se limita a los supuestos de la ley, sino a cualquier otra, pues no existe una vinculación de la reforma a la finalidad específica de la ley (enmienda 25), en CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa a los pactos sucesorios*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 86.

⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho... op. cit.* p. 347.

con el causante, y el cónyuge, aunque no sea su progenitor, tendrá la obligación de concedérselo⁹⁵.

3.2. Empresa familiar

De la misma manera que la pretensión respecto a las personas con discapacidad es aplazar el momento de pago hasta poder hacerlo de la manera más beneficiosa para la persona con discapacidad, la pretensión respecto a la empresa será la misma, hacer la partición cuando comprobemos quien es la persona idónea para continuar con el negocio.

La cuestión de la idoneidad para la sucesión de la empresa familiar es harto complicada, pues no siempre se abre la sucesión cuando resulta evidente quien está preparado para continuar con el negocio. Y es que cuando hablamos de empresa familiar en España, en la mayoría de los casos nos referimos a una PYME, y esta suele ser el bien de mayor valor del empresario, no solo económico, en muchos casos también de mayor valor sentimental, pues la heredó de sus progenitores o la fundó con su esfuerzo, lo que en cualquier caso va a lograr que todo lo que se haga entorno a la empresa sea orientado y con el objetivo primordial de evitar su fragmentación o desaparición.

A fin de evitar que el negocio fruto del esfuerzo de una vida se vea abocado al cierre a consecuencia de una mala gestión por falta de interés y aptitudes o por la división y conflictos que esta pueda generar, lo más conveniente será que la continuidad de la empresa se garantice mediante la sucesión de la persona más idónea, que realmente tenga un interés más allá de los meros dividendos y posea los conocimientos técnicos y prácticos para poder mantener el mayor tiempo posible el negocio, y en la ideal situación, sus descendientes también puedan continuar el negocio familiar cómo ocurría tantos años atrás con el oficio.

Esto pasa por conocer a los potenciales herederos, y nadie mejor que un padre lo hace. Sin embargo, no siempre llega el momento de la sucesión en que ya se conocen las aptitudes e intereses de los sucesores. Son infinitas las posibles situaciones que pueden darse en la sucesión de la empresa familiar, y por desgracia es habitual que, tras la segunda, o con suerte, la tercera generación, los herederos terminen cerrando la empresa

⁹⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831...” *op. cit.* pp. 1132-1133.

que tanto esfuerzo y sacrificio costó a sus antecesores conseguir, normalmente por conflictos entre copropietarios o por falta de intereses y conocimiento en la materia.

Algunos de los problemas que surgen tras la sucesión de una empresa familiar en los casos que conlleva una división de la propiedad es que quizá solo uno de los ahora propietarios tenga interés y aptitudes reales sobre el negocio, y vea perjudicado su esfuerzo y trabajo por la dejadez o desconocimiento de los demás, y termine por desistir. Puede que esto no pase en la segunda generación entre hermanos, y ellos no tengan problemas y la empresa continúe, pero puede que, en la tercera, entre primos que quizá tengan otros intereses ajenos al negocio familiar sí surjan estos problemas.

Como se ha mencionado, la situación deviene complicada cuando la sucesión se abre previa a la evidencia de quien será el candidato más apto, es evidente que, si se da en un momento en que ya todos los hijos del empresario tienen su vida y patrimonio orientado, se sabrá quién es el idóneo para la continuación tras la jubilación o fallecimiento del causante.

Ante la situación de que los hijos aún no hayan podido mostrar o desarrollar sus intereses y aptitudes, una buena solución para evitar la desintegración de la sociedad será emplear la opción que nos da el art. 831 CC de la mano con el 1056 CC. El camino sería que el propietario de la empresa ejecutase su opción a delegar la facultad de mejorar a su cónyuge o persona con descendencia común, que le otorga el art. 831 CC, para que esta fuera quien en virtud del desarrollo de los descendientes considere quien será el más apto e idóneo y en cuyas manos mejor marchará la empresa. Cuando el cónyuge facultado para mejorar considere ejecutar su delegación podrá hacer a uno o varios de los descendientes, a partes iguales o en las cuotas que considere, no obstante, si decide que solo uno de ellos es el indicado para recibir el cien por cien de la empresa, no podrá hacerlo a costa de privar a los demás de su cuota legítima.

Cómo hemos mencionado, es habitual que cuando se trate de una empresa familiar esta sea la propiedad de mayor valor del caudal hereditario, por lo que otorgarla entera a uno no puede perjudicar al resto de legitimarios. Es por ello por lo que hemos de aplicar la delegación de la facultad de mejorar, que permite el pago de la legítima con bienes extrahereditarios, tanto de la sociedad de gananciales como privativos del cónyuge, junto con el art. 1056 CC, que versa precisamente en atención a la conservación de la empresa,

permite el pago en metálico de la legítima al resto de herederos, a lo que añade que *no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario [...] podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.*

Cómo destaca CREMADES GARCÍA⁹⁶, el pago con bienes extrahereditarios solo podrá llevarse a cabo por el cónyuge, puesto que el art. 831 CC es una excepción y esta situación tiene carácter personalísimo, no pudiendo subdelegarse la delegación de la facultad de mejorar.

Por último, y sobre la base de las amplias facultades de administración que permite la fiducia sucesoria al cónyuge supérstite o fiduciario, cabe mención a la posibilidad de que el testador deje unas instrucciones en cuanto a la administración de la empresa. Esto puede hacerlo en testamento o en un protocolo de la empresa.



⁹⁶ CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa ... op. cit.* p. 96 citando a RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria del art. 851 del Código Civil”, en Garrido Melero, L. (coord.) y Fugardo Estivill, J.M. (coord.), Garrido de Palma, V.M. (coord. sectorial), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos*, vol. 4, Bosch, Barcelona, 2005, p.164.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A diferencia del resto de legitimarios, el cónyuge viudo recibe su legítima siempre en calidad de usufructuario. La cuota oscilará entre uno y dos tercios, en función de con quien concurra. Se trata de una atribución notablemente insuficiente, como demuestra la habitual actitud del causante de otorgar una cuota superior a la legítima en testamento.

SEGUNDA. Debido a la insuficiencia de la legítima del cónyuge viudo es cada vez más habitual la utilización de la *cautela socini* como ampliación del derecho del cónyuge sobre la herencia del causante. Se trata de fortalecer al cónyuge frente a los hijos y evitar que pueda sufrir perjuicio alguno por actitudes egoístas de estos, y en todo caso proteger su capacidad económica, que en cualquier caso se verá perjudicada por la pérdida personal y económica que supondrá el fallecimiento de su consorte.

TERCERA. Dada la cualidad de usufructuario del cónyuge viudo en todo caso, en algunos supuestos puede dar lugar a conflicto frente a descendientes, especialmente los no comunes. Ante esta situación el legislador otorga a ambas partes la posibilidad de pactar un pago por el usufructo, logrando así los nudos propietarios la plena propiedad y posesión. Sin embargo, el pago no está libre de conflicto, pues son muchos los problemas que pueden surgir, entre otros, respecto a la valoración del mismo.

CUARTA. El establecimiento de la fiducia sucesoria en favor del cónyuge viudo es un acto de confianza en este, a fin de delegarle una cuestión de carácter personalísima cómo es la facultad de mejorar a los descendientes comunes. Esto no solo supone una derivación para el testador que no quiere precipitar la partición de su patrimonio, si no que coloca al cónyuge en una posición sumamente fortalecida frente a los descendientes, lo que ayuda a contrarrestar la falta de protección que sufre por parte del Código Civil.

QUINTA. La fiducia sucesoria supone una atribución excepcional, fundamentalmente por el carácter personalísimo del testamento, pero también respecto a la obligación de pago de las legítimas con bienes propios del testador o la intangibilidad cualitativa de las legítimas, pudiéndose dilatar el pago incluso hasta la sucesión del cónyuge viudo, y es que se trata de una salvedad a la prohibición de delegar la facultad de mejorar.

SEXTA. El art. 831 CC deja abierta la delegación de la facultad de mejorar a toda persona con la que se comparta descendencia. En la realidad actual es cada vez más habitual que una persona tenga hijos de distintas parejas, y aquí entra en juego la cuestión de si será posible establecer en favor de cada uno de los progenitores de los hijos del causante una fiducia sucesoria de una cuota de la masa hereditaria. Si por la situación personal de la familia esto fuera una solución a determinados inconvenientes, podría llevarse a cabo, o al menos no encontramos límite alguno de fiduciarios. Sin embargo, esta cuestión debería ser tratada en un testamento notarial, pues requerirá de una formación para la redacción de esas disposiciones para poder lograr su ajuste a derecho y utilidad práctica.

SÉPTIMA. A pesar de que con la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se modifica el artículo que regula la fiducia sucesoria, sin embargo, en la nueva redacción no se hace ninguna mención a esta cuestión de su empleo específico para la protección del patrimonio de las personas con discapacidad. No obstante, esta utilización es fundamental, máxime para el caso de nupcias posteriores al nacimiento o al desarrollo de la discapacidad en uno de los descendientes, pues podrá otorgarse la facultad al progenitor de este, independientemente de la situación afectiva o legal en la que se encuentren ambos progenitores. En cualquier caso, el art. 822 CC establece la obligación de mantener el derecho de habitación del descendiente con discapacidad que haya vivido en la vivienda habitual del matrimonio, incluso cuando no sea descendiente común.

OCTAVA. La fiducia sucesoria en el marco de la empresa familiar puede ser sumamente útil a fin de poder aplazar la partición hasta conocer y estar seguros de quien será la persona idónea para continuar con el negocio. Volvemos a que la redacción del art. 831 CC ni determina ni restringe el uso de la fiducia, por lo que será aplicable también a este supuesto, especialmente junto al art. 1056 CC para realizar el pago de la legítima a aquellos herederos que no se vean beneficiados con la propiedad de la empresa familiar mediante el pago en metálico incluso con bienes ajenos al patrimonio del causante.

BIBLIOGRAFÍA.

- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género” *Lan Harremanak*, nº 38, 2017.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario del art. 831 del CC”, en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (directores) *Código Civil Comentado*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa a los pactos sucesorios*, Dykinson, Madrid, 2014.
- CORRAL GARCÍA, E.: *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2007.
- CUCURULL POBLET, T.: “La fiducia sucesoria en la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 783, 2021.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La satisfacción de la legítima en el Código Civil español. Panorama jurisprudencial”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, nº 1, 2020.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil”, *Anales de Derecho* Universidad de Murcia, nº 16, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.
- LASARTE, C.: *Principios de derecho civil VII, Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, nº 3, 2005
- LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario del art. 944 del CC” en Bercovitz Rodríguez- Cano, R. (director) *Comentarios al Código Civil Tomo V*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍN PÉREZ, J. A.: “Comentario del art. 831 del CC” en Pasquau Liaño, M. *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*. Tomo I, Comares, Granada, 2000.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Comentario del art. 831 del CC” en Bercovitz Rodríguez- Cano, R. (director) *Comentarios al Código Civil Tomo V*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.

- RUBIO GARRIDO, T.: *Las legítimas y la libertad de testar*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “Comentario el art. 943 del CC”, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1998.
- VIVES VELO DE ANTELO, M.P.: “Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: artículo 831 del Código Civil español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, 2020.

