

USUFRUCTO DEL CÓNYUGE VIUDO Y 831 DEL CÓDIGO CIVIL



D. Javier de Oleaga y D. Nazario de Oleaga, abogados.

La facultad de otorgar autorización o poder que concede un causante para que otra persona otorgue el testamento del primero estaba reconocido, sin acudir a fuentes históricas, tanto en la primitiva redacción del Código Civil de 1889 (siquiera se excluyera el tercio de legítima estricta), en su artículo 831¹, como en la Ley Tercera² del Título XXI del Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526.

Ciertamente que tenía más amplitud la redacción del Fuero, y en el caso (más frecuente) de que el comisario fuere el/la cónyuge viudo/a el uso de la consabida facultad se realizaba en

¹ <831. 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>

² LEY III. <De los comisarios, y cómo pueden elegir heredero>: “Otro sí, dijeron: Que habían de Fuero, uso, y costumbre, y establecían por Ley, que por cuanto muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus testamentos, y mandas, ó aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder a algunos, sus partes, ó amigos, ó mujer al marido, ó el marido a la mujer, para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento, é institución, ó instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dejado hijos, ó descendientes, ó profincos, que le han de suceder, pupilos, y pequeños, y de tal edad, y condición, y calidad, que los comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, cual es más idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente a la casa, para heredar, ó regir toda la casa, y casería; y á esta causa por hacerse las tales elecciones, entre niños, y tan breve, á veces no suceden bien. Por ende, que establecían, que el tal poder, y poderse casar; y en tal caso, tengan los tales comisarios término de año, y día, para hacer la tal institución, o instituciones: pero si los tales hijos, ó sucesores fueren de edad pupilar, los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo, que tales hijos, ó sucesores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, y donde un año cumplido, y dentro de ese término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección, ó institución. Y la tal institución que hicieren, valga, no embargante que el testador en su testamento, y postrimera voluntad, no haya nombrado, ni declarado á cuál de sus hijos, ó descendientes, ó sucesores le hayan de heredar, ó los comisarios nombrar, y elegir. Pero si acaece, que en tal transcurso de tiempo, alguno, ó algunos de los tales comisarios fallecen sin hacer la dicha elección, que en cualquier, ó cualesquier comisarios que vivos quedaren, quede la dicha facultad in solidum.”

uno o varios actos y durante toda su vida. [quedó justificado en contienda judicial, que más del noventa y cinco por ciento de las delegaciones lo eran a favor del cónyuge, y se explicitaba en más del noventa por ciento de los casos que su uso cabía realizarse en varios actos y por tiempo vitalicio].

La delegación regulada en el Código Civil, era más parca, y prácticamente no ha sido utilizada, siendo a destacar a este respecto los comentarios de Manresa y Mucius Scevola, de que a esa figura del comisario debería aplicársele o interpretársele analógicamente las facultades de los albaceas, en cuanto a número de actuaciones, plazos de ejercicio, etc.

Esa redacción inicial del artículo 831 del Código ha ido modificándose paulatinamente, y ¿porque no decirlo? acompasándose a la legislación vizcaína. Precisamente hace un año (en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) se da nueva redacción a dicho artículo que es lo que motiva estas Jornadas. En la legislación vizcaína se actualiza la disposición citada mediante la Ley 3/1992 del 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, (artículos 32 a 48), con una escueta, pero profunda referencia en el preámbulo de la Ley.

No cabe duda que esa facultad de delegación o poder comisario foral, es más fuerte y trascendente cuando el delegado lo es el viudo (caso al que el pueblo le denomina “Alkar-Poderoso”, porque suele tratarse de un poder mutuo), a lo que favorecen otras instituciones como la Comunicación Foral del régimen económico matrimonial. Y es más fuerte o amplio que el redactado por el Código civil, a pesar de las varias modificaciones de las ha que ha gozado su artículo 831, permitiendo la constitución del poder en testamento, admitiendo plazos específicos, etc.

Pero la realidad es que en ambos textos jurídicos, el delegado para determinar la sucesión testamentaria, el Comisario, no es el dueño del caudal hereditaria del causante, sino su administrador, y si es caso, por decisión diferente, usufructuario de esa masa hereditaria.

Así en el artículo 40 de la LDCFPV, se dice que “mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal...”

Y en el actual número 2 del artículo 831 del Código Civil se dispone que “corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior”

La legislación actual sobre separaciones y divorcios del vínculo matrimonial afecta en gran medida a tal institución de manera que le hace, en bastantes casos, de corta duración, pero precisamente por ello hace más destacable y entrañable el matrimonio indefinido y vitalicio, en el que los vínculos matrimoniales se hacen más estrechos y hondos, produciéndose el deseo y voluntad, manifestado en testamento, de que el cónyuge viudo no quede desmerecido en bienes materiales al fallecimiento de uno de los cónyuges, y ello sin perjuicio de que se hayan otorgado capitulaciones matrimoniales en régimen de separación de bienes. Esto se constata con la frecuencia, casi absoluta, del otorgamiento en testamentos del usufructo viudal total o universal, incluso en los causantes regulados por el Código Civil, que penalizan a los hijos y descendientes con percibir solamente la legítima estricta, para el caso de que no toleren el usufructo viudal sobre la totalidad de la herencia.

Por ello, creo que debería considerarse el entender en su íntimo contenido el Alkar poderoso o poder comisario otorgado al cónyuge viudo para que la administración que se menciona en los textos legales tenga un contenido más acorde con las realidades actuales, y a tal efecto hago las siguientes consideraciones.

Por una parte el usufructo concedido al viudo, mejor dicho, el aprovechamiento, del usufructo es muy dispar con el que existía tiempos atrás, en los que aunque hubiera diversidad de bienes, todos ellos prácticamente producían un “fruto” lo que permitía el ‘uso’ del mismo.

Antiguamente quizá el bien más extendido fuera el inmueble rústico (incluidos los semovientes), cuya utilización y explotación, normalmente por toda la familia, se traducía en que el usufructo era aprovechado por toda ella, sin que en la institución jurídica del “alkar-poderoso” se tuviera en cuenta tal contenido de usufructo sino solamente el primigenio y trascendente de la designación de heredero.

En la práctica del siglo pasado, a lo largo del mismo, y sobre todo en su segunda mitad, el comisario-viudo fue considerándose usufructuario de los bienes del causante, cuando el sentido estricto del Fuero no comprendía tal beneficio. En la testamantificación de los no aforados se extendió la cláusula de estilo de otorgar al cónyuge viudo el usufructo de todo el caudal hereditario, con compensación de la propiedad sobre un tercio.

En la concesión de ese usufructo sobre el total de la herencia afloraba la voluntad de que el viudo disfrutara de todo el caudal matrimonial, sin la merma que pudiera producirse con su partición.

Ahora bien, en la actualidad está muy generalizado que el caudal matrimonial se componga en gran medida o en su mayor parte, de una serie de productos financieros. Y recientemente (de veinte años a esta parte en algunas facetas y de diez años en otras) se observa que tales productos financieros no producen ‘fruto’ ‘usable’, pues no producen intereses o rentas anuales, sino que simplemente su rendimiento tiende a un incremento patrimonial del bien.

Además en los tiempos actuales, a diferencia de los anteriores, tales productos financieros pueden no tener la estabilidad deseada a medio y largo plazo, observándose con antelación que su valoración puede ser decreciente con el correr del tiempo.

Situación, aunque diferente, pero con el mismo contenido, puede darse en la propiedad inmueble, mucho más sujeta a expropiaciones públicas y reordenaciones de planes urbanísticos que en tiempos anteriores, ya que el titular usufructuario no puede parti-

cipar de manera activa transaccional en esa enajenación o replanteamiento del inmueble, ni en una previa permuta del mismo, debiéndose limitar a ser sujeto pasivo, aun a ciencia y conciencia del desmejoramiento del usufructo.

Entiende el comunicante que, *en cuanto a los productos financieros*, cabría poder conceder al comisario cónyuge-viudo la facultad de encargar a los Mediadores Oficiales de Comercio, simultáneamente la enajenación de unos productos financieros y la adquisición por igual o mayor importe de otros de características legales análogas, con lo que manteniéndose el importe de la nuda propiedad, ésta se correspondiera con bienes que producirían “frutos”.

De igual manera *tratándose de bienes inmuebles* la facultad de administración mencionada en el artículo 40 (u 831 del C^o. Civil) supondrá en caso de expropiación forzosa y de reordenaciones urbanas oficiales, la capacidad de enajenar amistosamente por el precio que se acuerde.

Dichas ampliaciones del contenido de la facultad de administrar, deberán ser otorgados expresamente por el comitente (al objeto de que fuera reflexivo el aprovechamiento de esta modificación legal) y, como se dice, el importe compensatorio deberá ser invertido coetáneamente, mediante el otorgamiento de documento público, en bienes de la misma naturaleza y por un importe de valor superior de los bienes enajenado, supeditándose los nuevos bienes a los de la condición de permutados.

Consiguientemente cabría añadir un artículo a la actual Ley, a continuación del señalado con el número 40, (o 37 del Anteproyecto de 1999) o del propio artículo 831 del C^o. C. que dispusiera:

Artículo 40 bis: “En la facultad de administración reconocida en el artículo anterior el causante podrá incluir, de modo expreso, para el comisario que haya sido su cónyuge, cualquiera o ambas de las siguientes posibilidades

a) la de modificar la composición de los valores mobiliarios que formen parte de la herencia, entendiéndose en ellos <valores mobiliarios – activos financieros – acciones y participaciones en instituciones de inversión colectiva>.

b) la de, en casos de expropiación forzosa o de ordenaciones urbanísticas oficiales, enajenar bienes inmuebles llegando a acuerdos no contenciosos (amistosos) con los organismos correspondientes

En ambos supuestos el importe de la enajenación de los bienes de la herencia o una cantidad superior deberá ser invertido simultáneamente, mediante el otorgamiento de documento público debidamente autorizado por fedatario público, en bienes de la misma naturaleza, que tendrán la consideración de permutados, incluso a los efectos de la troncalidad en cuanto a los inmuebles”.

Acaso, dada la disposición del artículo 35 de la LDCFPV, preceptuando que “El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio ...” permita a los aforados otorgar las facultades que han quedado expuestas más arriba.

Javier de Oleaga y Echeverría.