



*Año II - Extraordinario n.º 1 - Bilbao, Diciembre de 2004*  
*II. urtea - 1. zenbaki berezia - Bilbo, 2004ko abendua*  
*ISBN: 84 - 8968919 - 9 - D.L.: BI - 1677 - 03*



**AVD·ZEA**

Academia  
Vasca de  
Derecho

Zuzenbidearen  
Euskal  
Akademia

# **Boletín Aldizkaria**

Extraordinario nº 1

## Derecho sucesorio: El poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil

Miércoles, 24 de noviembre de 2004

Jornada celebrada por la Academia Vasca de Derecho, en los locales del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y con la colaboración de su Grupo de Estudio de Derecho Foral, que celebra su tercera jornada práctica.

# tarjeta e-Business BBK



Una herramienta  
única para gestionar  
los gastos de su  
negocio.



La tarjeta e-Business BBK es el instrumento de pago más innovador del mercado. La primera tarjeta que permite gestionar, como usted quiera y a través de internet, los gastos de su negocio. Y la mejor forma de demostrar que en BBK trabajamos para acercarnos al futuro y mejorar el de quienes confían en nosotros.



www.bbkk.es



La red de Pagos de España BBK S.p.A.  
eCertificada de Calificación ISO 9002

bbk<sup>+</sup>



**AVD·ZEA**

Academia  
Vasca de  
Derecho

Zuzenbidearen  
Euskal  
Akademia

# **Boletín Aldizkaria**

1. zenbaki berezia

Oinordetza-zuzenbidea:  
Testamentu-ahalordea eta Kode  
Zibilaren 831. artikuluko arauketa berria

Asteazkena, 2004ko. azaroaren 24an.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Bizkaiko Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuko Foru-zuzenbideari buruzko ikerketa-taldeak antolaturiko jardunaldia, Abokatuen Bazkuneko egoitzan. Ikerketa-taldearen hirugarren jardunaldi praktikoa da.



**AVD·ZEA**

Academia  
Vasca de  
Derecho

Zuzenbidearen  
Euskal  
Akademia

# Boletín Aldizkaria

## **Sumario / Aurkibidea**.....Pág./Or.

1. **SALUTACIÓN**, por Nazario Oleaga ..... 9
2. **PRESENTACIÓN DE LAS JORNADAS  
SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO  
DE SUCESIONES**, por Adrián Celaya ..... 13
- PONENCIAS**
3. **LA REFORMA DEL DERECHO DE  
SUCESIONES POR LA LEY 41/2003**,  
por José Manuel Fernández Hierro ..... 21
4. **EL NUEVO ARTÍCULO 831 DEL CODÍGO CIVIL  
Y SU REPERCUSIÓN EN BIZKAIA**, por Juan  
Ramón Manzano Malaxechevarria y Andrés Urrutia .... 45
5. **LA FISCALIDAD Y LA REFORMA DEL  
CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 41/2003, DE  
18 DE NOVIEMBRE**, por Alberto Atxabal Rada ..... 65
6. **“LA PRACTICA ACTUAL DEL PODER  
TESTATORIO”**, por Tatiana G. San Sebastián  
y Juan Carlos Martínez Llamazares ..... 89
7. **CINCO CUESTIONES PRÁCTICAS RELATIVAS  
AL PODER TESTATORIO**, por Julián M.<sup>a</sup>  
Arzanegui Sarricolea ..... 119

<b>8. FISCALIDAD DEL PODER TESTATARIO,</b> por Lourdes Zubero Olaechea .....	149
<b>COMUNICACIONES</b>	
<b>9. USUFRUCTO DEL CÓNNYUGE VIUDO</b> <b>Y 831 DEL CÓDIGO CIVIL,</b> por Javier Oleaga ....	159
<b>10. EL PODER TESTATORIO: UN INSTRUMENTO</b> <b>EFICAZ PARA LA ORDENACIÓN DEL</b> <b>PATRIMONIO FAMILIAR,</b> por Juan Miguel Gorostiza .....	167
<b>11. LAS PAREJAS DE HECHO EN LA COMUNIDAD</b> <b>AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, ANTE EL</b> <b>PODER TESTATORIO Y LA NUEVA REGULACIÓN</b> <b>DEL ARTICULO 831 DEL CODIGO CIVIL,</b> por Xabier Aurrekoetxea .....	187



## SALUTACION



D. Nazario de Oleaga, decano del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

Es un orgullo para el Colegio de Abogados que presido presentar en nuestra sede la III Jornada Práctica sobre el Derecho Civil-Foral del País Vasco, organizado por la Academia Vasca de Derecho y por nuestro Colegio.

Las dos Jornadas Prácticas anteriores supusieron un absoluto éxito de participación, no sólo de nuestros compañeros y compañeras, sino de juristas de distinta procedencia, e incluso de personas interesadas en el siempre apasionante campo del Derecho Foral.

En esta ocasión y por los ilustres ponentes que a continuación señalaré, se va a desarrollar, dentro del Derecho Sucesorio, el Poder Testatorio y la nueva regulación del Artículo 831 del Código Civil.

No me compete a mí comentar acerca del fondo del Art. 831, ni tan siquiera del Derecho Foral en general, especialmente al encontrarme al lado del Ilustre Foralista D. Adrián Celaya Ibarra, auténtico especialista y uno de los principales impulsores de nuestra Ley Civil Foral; sin embargo deseo mostrar mi profunda satisfacción, tanto en la vertiente personal, como en la institucional, ante el evidente creciente interés que en la sociedad en general presenta el Derecho Civil Foral.

La Jornada que se presenta se encuentra dividida en dos sesiones, una de mañana, en la que intervendrá nuestro compañero, el Abogado D. José Manuel Fernández Hierro, desarrollando el tema relativo a la reforma del Derecho de Sucesiones por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, para a continuación los Notarios D. Andrés Urrutia y D. Juan Ramón Manzano desarrollar propiamente el Art. 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia.

La sesión de mañana finalizará con la intervención del Profesor de la Universidad de Deusto, D. Alberto Atxabal Rada, quien establecerá la relación entre la fiscalidad y la reforma del Código Civil por la citada Ley 41/2003.

La sesión de mañana estará moderada por el Secretario del Grupo de Estudio de Derecho Civil Foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, D. Xabier Aurrekoetxea Aurrekoetxea, en tanto que la sesión de tarde, moderada por el compañero y directivo de la Academia Vasca de

Derecho D. Javier Muguruza Arrese, comenzará con la exposición de la Abogada D<sup>a</sup>. Tatiana González de San Sebastián y el Abogado D. Juan Carlos Martínez Llamazares acerca de la práctica actual del Poder Testatorio, para continuar con la intervención del ahora Magistrado y antes Abogado, D. Julián Arzanegui Sarricolea, quien nos hablará acerca de la jurisprudencia del Poder Testatorio, para de nuevo finalizar con otro vistazo a la fiscalidad, en este caso a cargo de D<sup>a</sup>. Lourdes Zubero Olaechea, Jefe de la Sección de Sucesiones y Donaciones de la Hacienda Foral de Bizkaia.

Y, sin más, a los efectos de dar apertura de la Jornada, cedo la palabra al Presidente de la Academia Vasca de Derecho, nuestro gran amigo D. Adrián Celaya Ibarra.

***Nazario de Oleaga***



# **PRESENTACION DE LAS JORNADAS SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES**



D. Adrián Celaya, Presidente de la Academia Vasca de Derecho.

La Academia Vasca de Derecho ha empezado una trabajosa marcha en la que esperamos que la velocidad aumente gradualmente. Hoy es un día importante pues por primera vez celebramos un acto de trabajo y estudio de cara al público.

Es una circunstancia feliz que este acto lo organicemos conjuntamente con el Colegio de Abogados, y con el grupo de abogados jóvenes que presenta ahora su tercera jornada práctica. La Academia no quiere quedarse en la mera especulación sino que busca el Derecho vivo, ese Derecho en acción que los abogados estáis viviendo todos los días.

Os ruego que no miréis demasiado hacia esta butaca, ocupada por un veterano demasiado veterano. Pensad más bien que está vacía y podéis ocuparla con vuestras ilusiones. Sueños e ilusiones han hecho posible esta Academia que durante años fue un proyecto que compartimos entre amigos. Permitid que en un día como hoy recuerde a un amigo especial, abogado, hijo y padre de abogados. Me refiero a Jesús Oleaga, mi compañero inseparable desde que en los años sesenta acudimos a unas Jornadas en Jaca por invitación de José Luis Lacruz Berdejo y durante muchos años recorrimos con el mismo objetivo muchas ciudades de toda España. Desde entonces el mundo ha cambiado mucho y debe cambiar aún más. La Academia quiere contribuir a que cambie más y, sobre todo, que cambie a mejor.

Podéis comprender que, precisamente por mi veteranía, puedo ser testigo de algunos cambios, y de la realización de algunas ilusiones. Por ejemplo, hace años, en la época de la transición, en una Asamblea celebrada en Huesca, los juristas allí reunidos, aragoneses, catalanes, gallegos, hasta algún madrileño, me encomendaron la misión de explicar al Ministro de Justicia, que iba a llegar enseguida, que no aceptábamos la limosna que nos ofrecía y que aspirábamos a que los territorios forales tuvieran asambleas legislativas con competencia civil y hasta tribunales locales de casación. Es cierto que el Ministro se escandalizó pero poco tiempo después se aprobaba la Constitución, luego los Estatutos de Autonomía y aquella petición que algunos no se atrevían a formular se hizo realidad.

Hoy vamos a emprender el estudio de algunas cuestiones vitales en el Derecho de sucesiones. Los juristas de acción no somos legisladores pero tenemos que padecer al legislador, y nos

ocurre ahora que en la ley 41/2003 el legislador nos ha cambiado sustancialmente el cuadro de algunas instituciones sucesorias. Esto es lo que vamos a analizar porque el papel del jurista es aceptar las leyes y aplicarlas, esto es, darles vida al ponerlas en acción.

Estamos otra vez los civilistas en marcha; pero la Academia no puede perder de vista los demás campos del Derecho. Hoy quiero llamar la atención sobre un campo inmenso que se abre a nuestro paso, el proyecto de Constitución Europea, que va a tener una gran incidencia en todas nuestras relaciones y, por supuesto, en nuestra vida jurídica. La Academia no estará al margen; ha de estudiar y conocer esta gran Norma europea.

Hemos de hacerlo entre todos. La Academia no se ha creado para dar a conocer los trabajos de un grupo de notables. Es de todos y para todos y nadie puede sospechar donde puede germinar una idea genial.

Europa es hoy nuestra gran tarea y necesita la colaboración de todos. Un compañero de bachillerato, José Miguel Azaola publicaba en los años treinta al terminar su bachillerato, un artículo sobre la Unión Paneuropea, que todos acogimos con sonrisas. ¡Qué osadía para aquella época! Un muchacho de diecisiete años presentando proyectos napoleónicos. Pero Azaola cultivó aquella idea toda su vida. Se instaló en Europa y vió nacer el Benelux, la Comunidad del Carbón y del Acero, el Tratado de Roma, etc.; llegó a ser un alto funcionario de la UNESCO. Hoy vive retirado y enfermo en Alcalá de Henares, pero es un ejemplo a seguir. Su recuerdo me anima a pensar que la Constitución Europea ha de ser un tema central en los trabajos de la Academia.

Tras la segunda guerra europea y mundial, las ideas de Azaola se tambaleaban; pero hombres de gran espíritu como Monet, Schumann, De Gasperi e incluso el bayonés René Cassin, no solamente cultivaron la ilusión sino que hicieron posible que se abrieran nuevos caminos. Hay quien se muestra escéptico y cree que casi nada ha cambiado, pero puedo relatar una experiencia personal que me infundió nueva fe. En 1988, durante mi manda-

to en el Consejo General del Poder Judicial, estuve yo mismo visitando el Tribunal de Luxemburgo y pude ver algo que me conmovió. El representante de la reina de Inglaterra se sentaba frente al solemne Tribunal, aunque en un nivel más bajo. Y presencié cómo escuchaba la sentencia que condenaba a su país a anular la dictada por los orgullosos Tribunales británicos e incluso a modificar algún precepto legal. El inglés tras oír el fallo dijo con cierta solemnidad: “Inglaterra está informada de la sentencia y la cumplirá”. Algo semejante era imposible en los mil años anteriores.

El camino de Europa no es un camino real. Está lleno de obstáculos y quizá ni mi generación ni la vuestra llegue a verla culminada. Hay, no obstante, que persistir en la idea sin desfallecer porque, aparte de que pueda traer ventajas materiales que algunos son ya visibles, es el único camino para lograr el valor supremo que ha de perseguir todo jurista: la paz.

El programa me indica que estoy obligado a presentar otra iniciativa de la Junta Directiva, la creación de una biblioteca de textos clásicos del Derecho vasco. Queremos reunir y poner al alcance de los estudiosos los libros más notables que se han producido sobre el Derecho vasco.

Y hemos comenzado por el más notable en el campo del Derecho civil, el “Derecho civil de Vizcaya”, de Rodrigo Jado Ventades, un libro que a todos nos ha ayudado a entender las instituciones de Vizcaya. Es el libro que más he utilizado y mejores servicios me ha prestado.

El libro acaba de salir de la imprenta. Es una reedición en facsímil a la que le hemos añadido una introducción. Me alegra proclamar en el Colegio de Abogados de Bilbao, que Jado fue un abogado matriculado en este Colegio y que llegó a ser Decano en 1911. Nos ha costado trabajo conseguir algunos detalles sobre su vida pero nos ha ayudado la suerte y sabemos hoy que la vida de Jado transcurrió en Bilbao y que murió en la calle Berástegui en 1921, sin que su obra, que llama segunda edición pero es un libro nuevo y distinto del que apareció en 1900, hubiera sido publicada.

El hermano mayor de Jado era don Laureano de Jado Ventades, el benefactor que tiene en Bilbao una plaza con su nombre y un pabellón en el hospital de Basurto, además de unas escuelas en Erandio y otro grupo en Mnguía. Laureano Jado fue también quien donó su gran pinacoteca al Museo de Bilbao, donde sus cuadros se exhiben entre los mejores.

Si no hubiera sido por Laureano no habiéramos conocido la obra de Rodrigo Jado. Laureano recogió en la casa mortuoria el manuscrito de su hermano y lo hizo imprimir en la Casa de Misericordia. El texto tenía 676 páginas y la Academia lo va a repartir a sus socios por el precio simbólico de diez euros.

En prensa se encuentra el segundo tomo de esta colección que contendrá las actas de la Comisión de Codificación de Vizcaya y Alava que elaboró el proyecto de Apéndice de estos dos territorios.

Tenemos en mente la publicación de otros títulos.

***Adrián Celaya***



## SESIÓN DE MAÑANA



*Moderador: D. Xabier Aurrekoetxea.  
Miembro del grupo de estudio del Derecho Civil Foral del  
Colegio de Abogados.*



# **LA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES POR LA LEY 41/2003**



D. José Manuel Fernández Hierro, abogado.

## **1.- PLANTEAMIENTO GENERAL**

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre que tiene como título Ley “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 finali-

dad” -al legislador actual parece que no le gustan los títulos sinópticos- supone una modificación importante y trascendental en el régimen sucesorio contenido en el Código Civil, aunque el título, a pesar de su extensión, nada nos anuncia sobre este particular.

La Ley cambia dos conceptos fundamentales del Derecho sucesorio tal y como era concebido tradicionalmente en los territorios y Comunidades sometidas al Código Civil, que son:

- 1º) El de la intangibilidad de las legítimas, y
- 2º) El carácter personal, intransferible e indelegable del acto testamentario.

En cuanto a lo primero, esta Ley se une a los que se ha denominado por la doctrina -así CARRASCO PEREDA- como el ataque y el acoso a las legítimas. Ciertamente en este supuesto el ataque es con una causa justificada -la protección de las personas discapacitadas- pero con una amplitud nunca vista en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo segundo, no se ve por qué para proteger al discapacitado tiene que ser necesario, imprescindible o incluso conveniente admitir la posibilidad de delegación de facultades testamentarias al cónyuge o conviviente de hecho.

La Ley contiene otros extremos como el relativo al legado de finca que no admita cómoda división, o la inclusión de una causa nueva de indignidad sucesoria; todo ello mezclado con otras normas que hacen referencia a otras instituciones de Derecho civil, como pueden ser la tutela, con la creación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y, finalmente, con una modificación de la normativa tributaria pertinente.

Se trata pues de un conjunto de normas heterogéneas, teóricamente unidas solamente por la finalidad de proteger a las personas discapacitadas, pero que entre las cuales, a algunas de ellas no se les ve una clara relación con tal finalidad o, al menos, que fuera necesaria para conseguirla.

De entrada, cabe señalar que no tiene mucho sentido que en una ley de protección de las personas con discapacidad se introduzcan modificaciones importantes en materia de derecho de sucesiones. Pero ésta es una de las incorrecciones técnicas a las que nos tiene acostumbrados el legislador desde hace ya una serie de años, ya que es frecuente, lamentablemente, que en Leyes de contenido económico se retoquen o alteren preceptos civiles de elevada trascendencia.

La justificación de la reforma, según la exposición de motivos, es que se trata de una protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, ya que en la misma se indica:

*“De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén causados entre sí”.*

Voy a examinar brevemente el alcance de estas reformas, en cuanto a la modificación del régimen sucesorio se refiere, no abarcando para nada los otros aspectos contenidos en la misma, ni siquiera los referentes a otras materias propias del Derecho civil. Centrándome pues en las modificaciones que ha supuesto la Ley glosada en el régimen sucesorio general, voy a referirme primero a la modificación del artículo 831, en segundo lugar a la de los artículos 782 y 813 referente a las legítimas, en tercer lugar al legado de derecho de habitación y finalmente a la modificación de otras normas del Derecho sucesorio.

## **2.- EL NUEVO ARTICULO 831 DEL CODIGO CIVIL**

Como excepción a la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar, contenida en el artículo 830, el artículo 831 regulaba la excepción consistente en que pudiera pactarse en capitulaciones matrimoniales que el viudo que no hubiera contraído nuevas nupcias habiendo muerto intestado su cónyuge pudiera distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y las mejoras hechas en vida por el finado.

La nueva redacción altera radicalmente el contenido del artículo 831 al indicar:

*“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 estén 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.*

*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 contenidas 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 están casadas entre sí”.*

La modificación como puede leerse no sólo es de forma (el único párrafo de la redacción original se convierte en seis), sino también de contenido, ya que crea una figura parecida, aunque diferente, a las que en varios ordenamientos forales se denomina testamento por comisario o fiducia sucesoria.

El artículo 831 no emplea las palabras comisario<sup>1</sup> o fiducia sucesoria<sup>2</sup>, como ha sido tradicional en Derecho foral, el testamento por comisario o fiducia sucesoria, ni le da ningún nombre especial a la nueva institución. Sólo se señala que el testador podrá conferir facultades al cónyuge para que pueda hacer adjudicaciones a favor de los hijos o descendientes comunes.

En otro lugar he mostrado mi opinión favorable a la existencia del testamento por comisario y por eso la reforma en tal sentido del artículo 831 parece adecuada. En cambio lo que no parece motivo suficiente es la justificación que se da de la reforma, ya que, por una parte y teniendo en cuenta las posibilidades que al testador le confiere el artículo 808 en su nueva versión en relación con las personas discapacitadas, el problema de estas se podía solventar sin necesidad de la introducción de la figura del testamento por comisario; o fiduciario y, por otra, la creación de la misma puede valer no solamente para la finalidad expresada en la exposición de motivos, sino para otras diferentes tal y como se ha utilizado y se utiliza en los actuales ordenamientos civiles de Aragón, Galicia, Navarra y Vizcaya.

Podíamos decir, siguiendo la definición que da CELAYA IBARRA para el Derecho vizcaíno que ésta clase de testamento es “el otorgado por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud de un poder que esta le confirió”. A tal definición podía objetarse que el artículo 831 no alude a poder testatorio ni a testamento del cónyuge supérstite, pero llámese o no poder testatorio las facultades conferidas al otro cónyuge en el artículo 831 son, en el fondo, análogas a las de éste, y tales facultades concedidas en el testamento hacen que pueda el cónyuge supérstite disponer de los bienes correspondientes a la herencia del difunto siempre que lo haga a favor de los hijos comunes.

---

<sup>1</sup> Artículo 32 de la Ley 3/92 de Derecho foral del País Vasco, y artículo 141 de la Ley gallega.

<sup>2</sup> Título IV de la Ley Aragonesa 1/99 y Ley 151 del Derecho foral navarro.

La configuración que se le da al cónyuge con facultades del 831 es distinta a la de los ordenamientos forales, en las que al sobreviviente se le confiere la facultad de hacer testamento en su integridad<sup>3</sup>.

En los Derechos forales el comisario o fiduciario es quien realiza los actos de disposición, no existiendo antes por parte del causante, sino el nombramiento del propio comisario (por supuesto cabe que hubiera hecho las donaciones y actos inter vivos que hubiera estimado conveniente): sin perjuicio de que juntamente con el nombramiento de comisario realice los actos de disposición mortis causa que estime convenientes, por si el comisario no hace uso de su poder.

La nueva regulación del artículo 831 ni indica que el comisario sea el contador partidor o fiduciario, ni le da ningún nombre, ni señala que pueda hacer testamento en representación del difunto: alude a unas facultades muy concretas que parece -el texto no es demasiado preciso- deben entenderse subordinadas y supletorias a las que previamente hubiera realizado el causante.

El artículo 831 señala que deberá otorgarse el poder o “facultades”, como literalmente expresa, en testamento; indicando también que el cónyuge sobreviviente podrá efectuar actos de disposición a favor de los hijos o descendientes comunes en un sólo acto o en actos sucesivos. El artículo no señala qué documento hace falta, sino que indica que lo podrá hacer en su propio testamento y en caso de no hacerlo mediante un acto específico de adjudicación. Este entiendo que deberá tener la forma de escritura pública, aunque con la dición legal nada impide que el testamento del cónyuge supérstite pueda ser ológrafo, el cual, eso si, deberá guardar las formalidades señaladas por la Ley. En cualquier caso, de la redacción del párrafo segundo del número 1 se deduce:

---

<sup>3</sup> Artículo 32 de la Ley de Derecho civil del País Vasco, Ley 151 del Derecho Civil foral navarro, artículo 141 de la Ley gallega y artículo 124 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón.

a) Que puede hacerlo en su propio testamento si es facultado para hacerlo por el causante de acuerdo al artículo 831.1.2.

b) Que puede hacerlo en uno o varios actos debiendo entenderse que aunque formalmente no sean considerados como el testamento del causante si deberán tener al menos las formalidades de éste.

En cuanto al primer testamento cualquier forma admitida en derecho vale, porque el artículo 831 nada prohíbe al respecto y por tanto debe mantenerse que incluso el testamento ológrafo es adecuado para ello a pesar, de que en mi opinión, debería haberse limitado la posibilidad de conceder facultades al cónyuge al testamento abierto o, al menos, a los testamentos notariales.

El artículo 831.1 se refiere a las facultades para “realizar disposiciones a favor de los hijos o descendientes comunes y literalmente indica “incluso con cargo al tercio de libre disposición” con lo cual parece que las facultades para efectuar los actos de disposición del cónyuge supérstite son omnímodos -las mismas que tendría el testador- siempre lógicamente con el respeto al tercio de legítima estricta.

El artículo 813 no señala si el cónyuge supérstite puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que señala el artículo 808. Ante tal silencio caben dos interpretaciones:

a) Entender que dado lo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico de tal delegación de facultades y puesto que nada se indica al respecto, esta posibilidad no la tiene el cónyuge viudo.

b) Mantener que en base a la finalidad declarada del artículo 831 y a la reforma operada en el artículo 808 le cabe incluso al cónyuge viudo instituir la sustitución fideicomisaria prevista en el nuevo artículo 808.

Cualquiera de las dos interpretaciones es posible a la vista del texto legal, si bien estimo que la última se adapta más a la finalidad de la reforma.

El precepto señala que cuando las disposiciones del cónyuge sobreviviente 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 la disposición se contenga otra cosa. Lógicamente debe entenderse que la disposición no es el testamento ya que este no requeriría aceptación, sino un acto inter vivos que tiene por objeto la adjudicación de un bien concreto y determinado.

El artículo 831 señala un plazo para que el cónyuge sobreviviente haga las adjudicaciones que es de dos años desde la apertura de la sucesión o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes, con lo cual, de no haber sido señalado plazo habría que contar dos años desde la mayoría del más pequeño de los hijos comunes, y si al momento de la sucesión todos fueran mayores de edad, desde la apertura de ésta. Tal vez para la redacción del artículo se haya inspirado el legislador en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicando el Fuero Nuevo de Vizcaya y la Compilación, señalaba que el poder testatorio caducaba al año de la mayoría de edad de los presuntos herederos o de su emancipación.

La redacción legal no indica que haya límite al plazo que se quiera poner al cónyuge viudo y dada la finalidad que el legislador manifiesta pretender, parece lógico que el plazo fuera sumamente amplio (de modo que presumiblemente pueda abarcar lo que le quede de vida al cónyuge supérstite) o que se le confiera la facultad de hacerlo en su testamento (facultad que también puede darse de manera acumulativa con el plazo amplio).

Notemos precisamente que interpretando la normativa foral vizcaína el Tribunal Supremo había señalado la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos hechos por el comisario cuyo poder hubiera caducado: así sentencias de 2 de junio de 1969 y 10 de diciembre de 1977.

Se hecha de menos que el nuevo texto legal no contenga una disposición que señale la irrevocabilidad de los actos realizados por el cónyuge supérstite tal como el artículo 47 de la Ley de

Derecho civil foral del País Vasco, y al artículo 143 de la Ley 1/99 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (que además fija como la fiducia debe ejecutarse en escritura pública o en testamento, igual que las designaciones fiduciarias de acuerdo a los artículos 141 y 127), pero del texto del artículo 831 parece deducirse esta interpretación de manera ineludible.

El cónyuge supérstite deberá respetar la legítima estricta de los descendientes y añade el 831-3º las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de estos; lo cual supone que el testador haya podido realizar en su testamento una serie de mejoras y disposiciones en favor de los hijos, con lo cual el cónyuge sobreviviente sólo podrá disponer en lo que aquél no haya ordenado y sin lesionar las disposiciones efectuadas por éste.

El número 3-2 señala la posibilidad de la rescisión de los actos del cónyuge que no respeta las legítimas o la cuota de participación en los bienes relictos que hubiera ordenado el causante. Tal indicación plantea diversos problemas porque por una parte llama la atención el que el causante señale una cuota de participación en los bienes relictos con lo cual ¿que misión tiene el cónyuge supérstite? En este caso parece que son las similares a un contador-partidor y no a un comisario o fiduciario de Derecho foral, pero, por otro lado, la indicación de cuota de participación de cada heredero en los bienes relictos no es impuesta por el artículo 831 al testador, siendo la única limitación, a falta de indicación del testador al cónyuge sobreviviente, el que respete las legítimas. En consecuencia, y a la vista del precepto comentado, cabe entender que el testador puede asignar cuotas de participación en los bienes relictos a favor de cada uno de los herederos, en cuyo caso la función del cónyuge es simplemente la de adjudicar bienes concretos, como si fuera un contador-partidor o, por el contrario, si no hace tal indicación el testador, el cónyuge supérstite podrá atribuir mayor o menor porcentaje en los bienes de la herencia a cada uno de los hijos comunes siempre que se respeten las legítimas.

¿Y si el testador asignara un porcentaje mínimo a cada heredero, superior a la legítima estricta, pero que no consuma la

totalidad de los tercios de mejora y de libre disposición? En tal hipótesis parece admisible entender que el cónyuge viudo podrá aumentar dichos porcentajes en virtud de las facultades genéricas que se le confieren en el artículo 831, y porque de no entenderlo así no tendría sentido su designación.

Por otro lado se crea el problema de la posibilidad de pedir la rescisión por parte del legitimario cuya legítima estricta, o cuota de participación indicada por el causante, no se hubiera respetado, y que tendría como consecuencia el rescindir los actos del cónyuge “en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”.

El artículo no alude a la acción de complemento de legítima (artículo 815) ni a la acción de anulación por preterición (artículo 814), sino a la rescisión de los actos del cónyuge sobreviviente creando un concepto nuevo en derecho sucesorio, (salvo la rescisión de la partición de herencia que contemplaba el artículo 1.073 del Código Civil) asimilando tal vez la actuación del cónyuge sobreviviente a la partición. Tal vez la finalidad del nuevo precepto se encuentre en que el legislador pretende que no se anule la totalidad de los actos de disposición, y en que, por supuesto, no se trata de la nulidad del testamento del causante, sino de los actos de disposición realizados por el cónyuge sobreviviente.

Por otro lado la rescisión de los actos que puede pedir es, según el nuevo precepto, la de aquellos que sean necesarios para dar satisfacción al interés lesionado, con cuya redacción cabe plantearse diversos problemas:

1º) En el supuesto de actos de adjudicación sucesivos -que son aquellos a los que parece referirse específicamente el 831-3, párrafo 2º- ¿puede solicitarse la rescisión mientras no se hayan terminado de adjudicar los bienes del causante?

En la mayoría de los casos no será fácil que esto suceda, ya que mientras haya bienes por repartir será difícil demostrar que se han incumplido las legítimas y los porcentajes atribuidos por el causante. No obstante habrá supuestos en que dado el valor de lo ya repartido

y de los bienes que quedan sin repartir, pueda llegarse a esa conclusión de manera inequívoca, aun cuando queden bienes del causante.

2º) En la hipótesis de existir actos de enajenación sucesiva y no quedar, con el último de ellos bienes suficientes para cubrir la legítima de uno de los hijos o descendientes ¿que tendría que atacar éste, la última adjudicación o todas ellas?. La respuesta no es fácil, ya que la última ha sido la gota que ha hecho exceder el agua del vaso, pero si cada uno de los actos de disposición ha sido efectuado a favor de un hijo o descendiente diferente, no parece equitativo que el último realizado sea el único que se impugne. Parece más lógico la rescisión de todos ellos en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado, empleando las palabras del artículo.

El precepto señala que las facultades del cónyuge no alterarán las legítimas, ni las demás disposiciones efectuadas en la herencia del fallecido a favor de los otros herederos del causante que no sean descendientes del cónyuge sobreviviente.

El párrafo segundo del número 4 indica que cuando hubiera sufrido preterición algún descendiente del causante que no lo fuera del cónyuge supérstite las facultades encomendadas a éste no podrán menoscabar la parte del preterido.

Como el cónyuge supérstite no podrá, en forma alguna, realizar actos de disposición a favor de ese descendiente del causante (artículo 831.1) la única interpretación que cabe dar al párrafo comentado es que deberá dejar bienes suficientes para que le pueda ser adjudicada la legítima correspondiente al descendiente del premuerto que no lo sea del cónyuge supérstite.

El artículo 831 señala como facultades del cónyuge supérstite en los supuestos que contempla:

- a) La administración de los bienes sobre los que no haya ejercitado todavía las facultades conferidas (artículo 831.1).
- b) La actuación en nombre de los descendientes comunes en actos de adjudicación relacionados con las legítimas o las dis-

posiciones cuando hubiere otros legitimarios que no sean descendientes comunes (artículo 831.4).

Los actos de disposición realizados por el cónyuge sobreviviente al amparo del artículo 831 antes de ocurrir el supuesto previsto en el n° 5 del mismo seguirán siendo válidos e irrevocables.

El número 6 del artículo 831 señala que las disposiciones de los párrafos precedentes serán aplicables aunque las personas que hubieran tenido hijos comunes no estuvieran casadas entre sí.

Tradicionalmente el testamento por comisario en territorios forales ha sido encomendado al cónyuge supérstite. Al señalar el número 6 del artículo 831 que pueden ser de aplicación cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí, puede entrar la duda de si el causante en caso de haber tenido hijos con distintos progenitores podía conceder a cada uno de los padres o madres de sus hijos la facultad del 831 respecto a los hijos habidos con él. Sin embargo, parece debe entenderse que tal situación no sería posible por la aplicación analógica del número cinco ya que al haber cesado la relación de pareja y tener el causante otra diferente sólo sería posible respecto a la última existente con quien convivía en el momento del fallecimiento.

No obstante, el inciso final del número cinco del artículo 831 podría abrir, en teoría, la posibilidad a que el testador le confiera las facultades del 831 a las distintas personas con las que ha mantenido una relación afectiva, matrimonial o extramatrimonial respecto a los hijos que hubiera tenido en común con las mismas, creando una especie de pluralidad de comisarios lo cual además de ser una situación inédita en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que admiten la figura del comisario, podría dar origen, como es fácil de prever, a numerosas complicaciones.

El artículo 831.5 señala que las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiera contraído ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o tuviera algún hijo no común, salvo que el testador disponga otra cosa.

Lógicamente tal precepto debe aplicarse también a los supuestos de parejas de hecho que no hubieran contraído matrimonio, pareciendo que la norma legal descansa en la presunta falta de confianza que habría tenido el testador hacia la persona del designado por el hecho de mantener una ulterior relación y poder tener o haber tenido hijos de la misma, por lo que la indicación en contra del testador salvaría tal imposibilidad; aunque si antes de sobrevenir tal hipótesis el cónyuge hubiera realizado actos de disposición, tales actos serían válidos.

El precepto no señala que el cónyuge supérstite sea el usufructuario de los bienes como indica por ejemplo el Derecho foral vizcaíno (artículo 105 de la Ley 3/92). Indudablemente de los bienes que ha adjudicado no lo es, pero de los no adjudicados, a falta de indicación legal habrá que entender que parece excesivo conferirle tal facultad que no señala la Ley, aunque tampoco sería descabellado mantener la posibilidad de que la tuviera.

El juicio que merece la reforma operada en el artículo 831 por la Ley 41/2003 no es excesivamente positivo: podían haber sido puntualizados una serie de extremos que en distintos ordenamientos forales, en las nuevas legislaciones e incluso en la jurisprudencia, ya han sido hechos, además de que la redacción empleada no evita determinados confusionismos, que hubieran podido evitarse con una redacción más cuidada.

Por ello una modificación que hubiera podido ser positiva, no parece lo suficientemente meditada (de ello puede ser un indicio el que se utilice una Ley de protección patrimonial de personas discapacitadas para modificar tal precepto sustancial de Derecho sucesorio) y puede dar problemas en su interpretación y aplicación aunque, insisto, la reforma en sí, entiendo que es aceptable.

### **3.- REFORMA DE LA LEGITIMA**

La Ley 41/2003 modifica también los artículos 813 y 808 del Código Civil. El segundo párrafo del artículo 813 queda redactado de la siguiente forma:

*“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.*

Tal artículo es complementado por la modificación del 808 al que se añade un tercer párrafo nuevo que indica:

*“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.*

Con tales modificaciones se permite la introducción de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la cual el fiduciario sería el hijo o hijos discapacitados y el fideicomisario los demás coherederos forzosos.

La modificación en cuestión supone, ciertamente con una finalidad loable, un ataque frontal a la protección tradicional de las legítimas, ya que de esta forma el heredero no discapacitado puede no percibir nada en vida si no sobrevive al heredero discapacitado.

Ciertamente el legislador no impone la fiducia, que queda a la libre disposición del causante, pero si este opta por ello los hijos no discapacitados solo serán fideicomisarios de una herencia que pueden no recibir en vida; siendo de resaltar que además el fiduciario puede no ser hijo, sino un nieto del testador, con lo cual la posibilidad teórica de que los hijos fideicomisarios reciban en vida parte de la legítima es de mas difícil realización.

El legislador alude al tercio de legítima estricta, y respecto del de mejora precisa (siendo una repetición innecesaria por lo obvio que es) que sólo podrá hacerse en favor de los descendientes. En cuanto al tercio de libre disposición es evidente que el tes-

tador puede establecer la que crea conveniente, aunque nada diga (en este caso correctamente) sobre este particular el precepto comentado.

#### **4.- LEGADO DE DERECHO DE HABITACION**

El artículo 822 del Código Civil en su nueva redacción indica:

*“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legítimo persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

*Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legítimo discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legítimos mientras lo necesiten.*

*El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.*

*Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”<sup>4</sup>.*

El artículo 822 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 18 de Noviembre de 2.003 crea el legado de derecho de habitación. Realmente no solamente opera por vía de legado, sino en cuanto al título de adquisición puede ser:

---

<sup>4</sup> Redactado por Ley 41/2003 de 18 de Noviembre. La redacción originaria indicaba:

*“Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.*

a) Por donación.

b) Por legado.

c) Atribuida por ley cuando se den las condiciones que marca el precepto si el testador no lo excluye expresamente; teniendo en cuenta que para excluirlo no necesita señalar, motivo alguno porque es una facultad que le confiere la Ley al testador cuyo uso no necesita justificar, al revés de lo que pasaría con la indicación por el causante de una causa de desheredación.

La reforma legal pretende, que el causante pueda legar -o donar- el derecho de habitación al legitimario discapacitado al que ya atendía en vida -lo cual es requisito indispensable para que el legado pueda tener efectividad de acuerdo con el nuevo texto legal- y de esta manera el legitimario discapacitado pueda seguir viviendo en el mismo inmueble después de su muerte.

El texto legal no habla de derecho de usufructo, sino de derecho de habitación que es más restrictivo. A falta de regulación pactada la habitación da, a quien tiene tal derecho, la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia (artículo 524).

El contenido del derecho de habitación; como queda dicho, es mas restringido que el de usufructo. El usufructuario, por ejemplo, podría arrendar la vivienda dejada en usufructo mientras que el titular de un derecho de habitación no tendría tal derecho. Pero la finalidad del nuevo texto legal, al mencionar el derecho de habitación y no el de usufructo, posiblemente fuera hacer compatible el derecho de habitación de la persona discapacitada con el uso de la vivienda habitual por el cónyuge viudo que señala los artículos 1.406 o 1.407. El artículo 1.407 también se refiere al derecho de habitación y por la misma configuración de éste podrían ser teóricamente compatibles dos derechos de habitación sobre una misma vivienda, una la del cónyuge viudo y otra la de la persona con discapacidad (ascendiente o descendiente del testador pero que no tenía por que serlo también del cónyuge supérstite).

Llama la atención el distinto baremo que tiene el legislador de la Ley 41/2003 ya que si bien el artículo 756 y el 822 aluden a las personas discapacitadas, en cambio los artículos 808 y 813 mencionan a los hijos o descendientes que hayan sido judicialmente incapacitados. Como evidentemente no es lo mismo personas con discapacidad que personas judicialmente incapacitadas nos encontramos que a la hora de establecer una sustitución fideicomisaria precisa, como sujeto pasivo, que alguno de los descendientes del testador lo esté; mientras que si examinamos cuales son las causas de indignidad o el posible legado o donación de habitación habremos de ver si, para reunir la cualidades necesarias para ser sujeto de tal posible legado o donación, el beneficiario de tales derechos es un discapacitado. ¿Por qué esta diferencia de tratamiento?. Cabe que el legislador haya razonado que la sustitución fideicomisaria debe permitirse solamente a favor de aquella persona que este incapacitada judicialmente que presumiblemente no va a poder administrar sus bienes, ni otorgar testamento ni, posiblemente tener mas ingresos, mientras que el derecho de habitación es para el discapacitado por entender que lo precisa aunque no este incapacitado judicialmente, teniendo además en cuenta que la mayoría de los incapacitados judicialmente serán discapacitados psíquicos.

No obstante la solución del legislador se presta a críticas, no sólo por los distintos baremos empleados dentro de la misma Ley, sino también por la forma en que se ha hecho.

El nuevo texto legal precisa que el derecho de habitación será intransmisible.

Por otro lado el derecho de habitación no sólo puede ser objeto de legado o donación, sino que además es regulado por la Ley en el artículo 822.2 -salvo que el causante disponga lo contrario- en favor del legitimario discapacitado que lo necesite, al señalar dicho precepto que se atribuye al legitimario discapacitado que conviviera con el causante el derecho de habitación en iguales condiciones que el legado regulado en el artículo 821.1.

La posible convivencia forzosa viene determinada por el inciso final del segundo párrafo del artículo 822 que señala que el discapacitado no podrá impedir que continúen conviviendo los otros legitimarios mientras lo necesitaran, con lo cual e indirectamente se crea un título de convivencia múltiple de todos los legitimarios sobre el piso en que vivía el causante y era el domicilio familiar de éste, en el cual, al menos mientras siga viviendo en él el discapacitado, podrán convivir todos ellos si lo necesitan. El nuevo texto no indica si algunos de los legitimarios podrán, en su caso, estar acompañados por su cónyuge e hijos, pero tal posibilidad se deduce del artículo 524; y como la Ley no distingue sobre número de miembros de la familia ni sobre tamaño del inmueble, se podía estar creando una convivencia forzosa durante años de numerosas personas en un piso sin capacidad para ello con los problemas de todo orden que tal convivencia iba a originar.

¿Puede el testador donar el usufructo del piso al discapacitado?. Cabría pensar que si ya que si la ley no sólo admite el derecho de habitación sino que lo impone, si el testador quiere donar o legar al discapacitado el derecho del usufructo, que aunque mas amplio no deja de ser una variante del mismo, no debe ponerse inconveniente a tal donación. Pero teniendo en cuenta que todo ello pueda afectar a las legítimas, y también a los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con los artículos 1406 y 1.407, estimo que:

1º) El primer límite sería en la existencia de un cónyuge viudo con los derechos que confieren los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil o análogos conferidos por vía testamentaria.

2º) El segundo límite estaría en la existencia de otros legitimarios que deseen convivir en el piso, siempre que estén necesitados de la convivencia de acuerdo a lo que señala el artículo 822-2 (aunque pudiera interpretarse que éste apartado es sólo para los supuestos de atribución del derecho de habitación por ministerio de la Ley).

3º) Finalmente habría un tercer límite dependiendo de la naturaleza de la vivienda donada. Si la misma fuera una vivienda pequeña el derecho de habitación y el derecho de usufructo puede en la práctica casi confundirse (salvo la posibilidad de arrendarla) en cuanto a su uso; cosa muy distinta es si se trata de un palacio de numerosas habitaciones en las que ambos derechos serían distintos y compatibles. En el primer caso entiendo que sería factible y no en el segundo.

## **5.- MODIFICACION DE OTRAS NORMAS DE DERECHO SUCESORIO.**

### **5.1.- Modificación de las causas de indignidad.**

La Ley 41/2003 añadió una causa de indignidad al artículo 756, la séptima, consistente en:

*“7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.*

Se señala en la misma como causa de indignidad el no prestar las atenciones debidas a las personas discapacitadas.

Deben ser tenidas como tales de acuerdo con el artículo 2 de la referida Ley 41/2003:

*a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*

*b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.*

En cuanto a lo que se entiende por falta de atención debida el propio artículo se remite al contenido de los artículos 142 y 143 que hacen referencia a los alimentos, señalando el artículo

142 el concepto legal de alimentos y precisando el art. 143 las personas con derecho a alimentos.

Aparentemente parece criticable que la modificación en vez de aludirse al negar alimentos, como ya indicaba en las causas de indignidad predicadas, respecto de padres, hijos y cónyuges, se emplea la referida a los artículos 142 y 143; y por otro lado la modificación (al menos parcialmente) es una redundancia ya que la causa de indignidad, ya existía respecto a padres, hijos y cónyuge, faltando solamente respecto a los hermanos. Ahora bien, de acuerdo al artículo 143 en su cuarto párrafo:

*“Los hermanos solo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.*

La respuesta a las observaciones anteriores, pudiera estar en que se trata de la extensión de una causa de indignidad a los hermanos que aunque no tienen el deber de alimentos en toda la amplitud del artículo 142 si tienen la obligación de prestar los auxilios necesarios para la vida.

La Ley 41/2003 además de las mencionadas, modifica otras normas sobre sucesiones, consistente en la regulación de los legados de fincas que no admitan cómoda división, y en la transformación del régimen de colación de los legados. Vamos a examinarlas sucesivamente.

## **5.2.- Regulación de los legados**

La Ley 41/2003 añade un último párrafo al artículo 821 que en virtud de la reforma operada queda con esta redacción:

*“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en*

*caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

*El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.*

*Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.*

El precepto establece la posibilidad de pública subasta para la venta de la finca que no admita cómoda división a instancia de cualquiera de los interesados, debiéndose entender por tales tanto los herederos como el o los legatarios de la finca.

No se alcanza a ver el posible nexo de unión entre la modificación de éste artículo y la finalidad teórica de la Ley.

### **5.3.- Modificación del régimen de colación.**

En cuanto a la modificación del régimen de colación el párrafo segundo del artículo 1.041 redactado por la Ley 41/2003 señala que:

*“Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.*

A los efectos pertinentes deben entenderse por hijos con discapacidad, en virtud de lo que señala la disposición adicional cuarta del Código Civil redactado por Ley 41/2003, y como queda antes precisado: las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento (artículo 2.2. Ley 41/2003).

Cabría pensar si los gastos a los que alude el segundo párrafo del 1.041 no estarán comprendidos dentro del primer párrafo del mismo precepto. Desde luego en una interpretación amplia parece que sí, aunque no obstante puede ser acertado que el legislador disipe cualquier duda que pudiera haber al respecto.

***José Manuel Fernández Hierro***



# EL NUEVO ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU REPERCUSIÓN EN BIZKAIA



D. Juan Ramón Manzano y D. Andrés Urrutia, notarios

## 1.- INTRODUCCIÓN

Nuestro compañero Fernández del Hierro ha hecho un examen completo del nuevo texto del artículo 831 del Código Civil desde la perspectiva del propio sistema del Código y nos corresponde a nosotros analizarlo con un criterio práctico y atendiendo sobre todo a la cuestiones que plantea desde el punto de

vista del derecho foral de Bizkaia. O lo que es lo mismo: examinar la relación existente tras la entrada en vigor de 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, entre el poder testatorio vizcaíno y la fiducia o comisión que regula en su actual redacción el artículo 831 del Código Civil, que fue siempre un artículo excepcional dentro del sistema del Código.

Excepcional, como ya decía VALLET a propósito de la redacción dada en la Ley 11/1981, de Reforma del Código Civil (*“Comentarios al Código Civil Español”*), porque el artículo 831, formulado como excepción al 830, excluye su supuesto de las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830 y permite conferir al cónyuge viudo unas facultades que exceden de las previstas en términos generales por el artículo 1057, pues implica un poder más amplio que el de hacer la partición conferido al contador-partidor. Este artículo supone, además, una excepción a lo dispuesto en el 1.271, II, que prohíbe los pactos sobre la herencia futura excepto la división entre vivos de un caudal conforme al artículo 1.056; en el 670, que prohíbe dejar la formación de un testamento, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero o hacerlo por medio de comisario o mandatario; 830, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; y 1.057, que solamente permite al testador encomendar por actos inter vivos o mortis causa “la simple facultad de hacer la partición” a cualquier persona “que no sea uno de los coherederos”.

Por ello se consideró este artículo como una anomalía en el sistema del Código Civil que habría de ser objeto de interpretación restrictiva precisamente por su carácter anómalo y excepcional. Y se destacó también el parentesco de esta norma con instituciones forales como la fiducia sucesoria aragonesa (Tít. IV de la Ley 1/99 de Aragón, de sucesiones por causa de muerte), el distribuidor del Derecho balear (arts. 18 y ss. de la Compilación), la facultad de designar y distribuir que se da al cónyuge supérstite en el Derecho catalán (art. 148 y siguientes del Código de Sucesiones por causa de muerte, promulgado por Ley 40/1991, de 13 de

diciembre) o los fiduciarios-comisarios navarros (leyes 151 y 281 a 288 de la Compilación navarra) o el comisario vizcaíno o gallego. Y por ello hubo autores que recomendaron que para resolver los problemas y lagunas que planteaba el artículo 831 se acudiese a los principios generales que inspiran las instituciones similares de los derechos forales.

Pues bien: tras la Ley 41/2003 cabe decir que el artículo 831 ha reforzado esa excepcionalidad, resolviendo alguna de las dudas que planteaba su anterior redacción en el sentido de ampliar las facultades del cónyuge, que se han acercado sensiblemente a las que en las legislaciones forales tiene el comisario o fiduciario. Quizá sea ahora este artículo el más “foral” del Código Civil, pues ha venido a crear una figura parecida al comisario o fiduciario de las legislaciones forales, lo que plantea la cuestión de la relación entre ambas figuras, la del comisario o fiduciario de las dichas legislaciones y la del cónyuge fiduciario del Código Civil, cuestión particularmente importante en Bizkaia, donde coexisten los dos sistemas y es posible, en nuestra opinión, para algunos vizcaínos elegir entre ambas figuras en ciertos aspectos.

La justificación de la reforma y de la creación de esta nueva figura, según la exposición de motivos es que *“de esta forma se conceden al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrá tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad”*.

Nos parece una motivación plausible, pero lo cierto es que el legislador ha ido más allá de su confesada intención, o nos ha brindado a nosotros la posibilidad de hacerlo y debemos aprovecharla, pues la necesidad de esas amplias facultades para mejorar o distribuir que tantas veces experimenta el jurista profesional en

su trabajo no se limita sólo a los casos de discapacidad, sino que se hace sentir en general en los casos de disparidad entre las circunstancias de los herederos y en aquellos otros, tan frecuentes, en los que se da una situación de precariedad que afecta no a los herederos, sino al cónyuge viudo, al que se amplían y prorrogan ahora sus facultades de administración.

## **2.- EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 3/1992, DE LDCFPV, Y SU COMPATIBILIDAD CON EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL**

Además de lo expuesto hasta aquí a modo de introducción, hay que tener en cuenta que el artículo 13 de la Ley 3/1992 dice que “los vizcaínos no aforados podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero”.

O lo que es lo mismo: que todos los vizcaínos pueden utilizar dichas forma testamentarias, aunque con los límites que en cuanto al contenido impone para vizcaínos aforados y no aforados el derecho que respectivamente regula su sucesión, que en el caso de los no aforados es el Código Civil salvo, precisamente, en lo que se refiere a la forma del testamento, cuestión en la que su régimen legal propio viene determinado, además, por el artículo 13 de la LDCFPV.

Ello nos lleva a la primera cuestión, que es la de decidir si el artículo 831 del Código Civil y el 13 de la LDCFPV son o no compatibles, es decir, si los vizcaínos no aforados pueden testar mancomunadamente y por comisario pero con el contenido que permite el artículo 831 del Código Civil, cuestión a la que, a nuestro juicio, se debe responder de modo afirmativo, pues la Ley 41/2003 no ha alterado la legislación vigente para los vizcaínos en cuanto a la forma de los testamentos, sino solamente la que afecta al fondo, o sea a las facultades que tiene el comisario nombrado por vizcaíno no aforado, al que vamos a llamar fiduciario, para distinguirlo de la figura del comisario foral que tradicionalmente han podido designar los vizcaínos aforados.

Resumiendo: el vizcaíno no aforado podrá hacer uso directamente de las facultades del artículo 831 y nombrar fiduciario entre las personas y con las facultades que en dicho artículo se establecen. Y podrá también nombrar un comisario para que otorgue su testamento, en cuyo caso creemos que el comisario nombrado puede otorgar testamento haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 831 sin necesidad de delegación expresa en tal sentido y nombrando fiduciario, toda vez que su poder se extiende a cuantas facultades corresponden al testador en orden a la transmisión de sus bienes (art. 32 LDCFPV), entre ellas la de nombrar fiduciario dentro de los límites que el citado artículo 831 establece.

En este punto puede decirse que se ha producido una ampliación de las facultades que los vizcaínos no aforados pueden delegar en el fiduciario y un acercamiento al modo de concebir la fiducia sucesoria del derecho foral.

En cuanto a la compatibilidad vista desde la perspectiva opuesta, la del vizcaíno aforado, no cabe duda de que existe por definición, ya que las facultades que los vizcaínos infanzones pueden conferir al comisario son “la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”, es decir, más de las que el artículo 831 Cc., cuya modificación viene inspirada precisamente por figuras como la del comisario foral de Bizkaia, permite delegar en el fiduciario a los vizcaínos no aforados. Pero sólo una duda se nos plantea y es la de si, dado que el artículo 831 permite que se ordenen al fiduciario adjudicaciones de bienes concretos “incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”, podrán los vizcaínos aforados que estén casados en régimen de gananciales ordenar al fiduciario semejantes adjudicaciones, ya que no se trata de facultades que en sentido estricto correspondan al testador en orden a la transmisión sucesoria de sus bienes.

No vemos motivo para que se niegue esta posibilidad al vizcaíno infanzón, por dos razones:

a).- El Código Civil tiene carácter supletorio y resulta de aplicación (artículo 3 LDCFPV), sobre todo cuando una fiducia de tales características se adapta bien a los principios generales del Derecho Civil Foral, entre los cuales tiene expresa vigencia (vid. artículo 4 LDCFPV), el de libertad civil y carácter dispositivo de las normas sin más límites que el interés o el orden público y el perjuicio de tercero.

b).- Los intereses en juego están suficientemente protegidos, ya que en el sistema del artículo 831 del Código Civil el supuesto de hecho se dará solamente si el cónyuge o pareja de hecho con quienes se tengan hijos comunes son nombrados comisarios, con lo que en la adjudicación de esos bienes concretos pertenecientes a una sociedad conyugal aún sin liquidar intervendrán las voluntades de los dos cónyuges o miembros de pareja de hecho titulares de los bienes. Y conviene aclarar que la equiparación entre cónyuge y pareja de hecho, que haremos más veces a lo largo de esta exposición, cuando se está hablando de bienes que pertenecen a una sociedad conyugal sin disolver, está justificada en Bizkaia por la posibilidad que tienen dichas parejas de convenir regímenes patrimoniales de comunidad de los que resulte una sociedad semejante a la ganancial (artículo 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo).

Sólo un límite tendrá la facultad conferida al comisario para adjudicar bienes de la sociedad conyugal disuelta aún sin liquidar: la troncalidad, que impide que el comisario pueda hacer adjudicaciones de bienes troncales a extraños o parientes no tronqueros o, dentro de los tronqueros, sin respetar la preferencia de los de la línea directa sobre los colaterales.

### **3.- EL ARTÍCULO 831 DE LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, EN BIZKAIA. EXAMEN DE SUS DISPOSICIONES Y DE ALGUNAS DE LAS CUESTIONES QUE PLANTEA**

A. Instrumento en el que se puede establecer la delegación

En el texto actual del artículo 831 sedice que la delegación de facultades habrá de hacerse en testamento, desapareciendo del artículo 831 del Código Civil la posibilidad de delegación hecha en capitulaciones matrimoniales, pero en el caso de los vizcaínos hay tres especialidades: la primera consiste en que el testamento en el que se confieran las facultades del artículo 831 podrá hacerlo el propio testador o el comisario por él nombrado, aunque siempre a favor del cónyuge o pareja (registrada o no como pareja de hecho, como luego veremos); la segunda, en que la fiducia a que se refiere el artículo 831 pueden establecerla mutuamente los cónyuges o miembros de la pareja de hecho en testamento mancomunado y en tal caso la revocación por uno solo de ellos la dejaría sin efecto, siempre que la notificase al otro de forma fehaciente (artículo 51 LDCFPV) y, al contrario, si uno de ellos falleciese dentro del año siguiente a la fecha en que se otorgó el testamento, la fiducia será irrevocable en lo que afecte a bienes comunes; y la tercera, que mediante capitulaciones matrimoniales (y, por consiguiente, también en escritura en que los miembros de la pareja de hecho inscrita opten por un “régimen económico patrimonial”) pueden los vizcaínos disponer la sucesión en bienes de los otorgantes y nombrar fiduciario al consorte, como resulta de lo dispuesto en el artículo 33 de la LDCFPV. No podrán, sin embargo, establecer la fiducia en capitulaciones, y tendrán que recurrir a la forma testamentaria exigida por el artículo 831, quienes tengan hijos comunes sin estar casados o registrados como pareja de hecho.

Y hay que precisar también que el testamento mancomunado, sólo pueden otorgarlo cónyuges (artículo 49 LDCFPV) o parejas de hecho (artículo 8 de la Ley de Parejas de Hecho), mientras que las facultades del artículo 831 serán también de aplicación “cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí” (art. 831, apartado 6).

#### B. Condiciones de uso de la facultad del art.831

Los presupuestos de hecho que resultan necesarios según el nuevo texto del artículo que nos ocupa hoy son los siguientes:

a) que uno de los cónyuges o integrantes de la pareja registrada como pareja de hecho o no, según acabamos de ver, haya

fallecido habiendo establecido la delegación en su testamento. Y en el caso de los vizcaínos no aforados que estén casados o constituyan pareja de hecho registrada, como acabamos de ver también, se admite el nombramiento hecho en capitulaciones matrimoniales y es posible, además, el caso de que el causante hubiese otorgado testamento nombrando comisario y sea luego éste quien nombre fiduciario con arreglo al artículo 831 Cc.

b) que el otro no hubiese contraído nuevas nupcias o relación de hecho análoga o haya tenido algún hijo no común, salvo que el testador haya establecido otra cosa (ap. 5).

C. Persona en quien puede delegarse la facultad de distribución

El nuevo texto del artículo 831, al exigir tan sólo que entre causante y fiduciario medie descendencia común, ha ampliado el elenco de posibles encargados de la fiducia o comisión, que podrán ser el cónyuge viudo, la pareja de hecho registrada como tal del fallecido y cualquier persona con la que haya tenido descendencia común. Y creemos que, dada la redacción del apartado 6 del artículo 831, podría darse la coexistencia de fiducias en el caso de que el testador hubiese tenido hijos con más de una persona, tanto como si hubiese estado casado con ella o registrado como pareja de hecho como si no, siempre que así lo hubiese dispuesto en su testamento, ya directamente ya dejando en vigor y sin revocar fiducias establecidas en testamentos anteriores.

José Manuel Fernández del Hierro ha apuntado que tal posibilidad queda excluida por aplicación analógica del apartado 5 del artículo 831, ya que entiende que al haber cesado la relación de pareja y tener otra nueva sólo respecto de ésta sería posible la fiducia, pero no debemos olvidar que dicho apartado 5 establece una salvedad, la de que el testador hubiese dispuesto otra cosa.

D. Contenido de las facultades del cónyuge o pareja fiduciario

De la lectura del artículo 831 Cc resulta que cabe conferir al fiduciario dos tipos de facultades: las de hacer mejoras y, en

general, adjudicaciones y atribuciones de bienes concretos y la de administrar. Como en intervenciones anteriores en estas mismas jornadas se ha hecho una consideración detenida de estas facultades, sólo vamos a citar alguna las cuestiones que dichas facultades plantean desde el punto de vista del derecho foral, en especial la de la revocabilidad de las disposiciones hechas por el cónyuge (o pareja de hecho) comisario en su testamento y a favor de hijos y descendientes comunes (art. 46 LDCFV), la de las donaciones “mortis causa” y la del pacto sucesorio. Y como cuestión aparte la de si el consorte nombrado fiduciario con las facultades del artículo 831 puede administrar o tiene también la facultad de usufructuar los bienes dejados por el causante.

En cuanto a la revocabilidad de las disposiciones hechas a favor de hijos y descendientes comunes por el consorte nombrado comisario, no creemos que ofrezca duda, siempre que se cumplan las condiciones que exige el artículo 46 LDCFPV, aplicables a todos los vizcaínos, aforados o no, a saber: que el comisario sea el consorte, que las disposiciones revocadas hayan sido hechas a favor de hijos o descendientes comunes y que hayan sido hechas por el comisario en su propio testamento expresando que las hace en su calidad de fiduciario.

Esta posibilidad, que tiene solamente el fiduciario vizcaíno, amplía todavía más sus facultades en orden a la disposición de los bienes del causante.

En cuanto a las donaciones por causa de muerte, hay que señalar que el artículo 831 contempla entre las facultades que el testador puede conferir al comisario la de realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición, adjudicaciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluso las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Ello excluye, en principio, a nuestro juicio, para el fiduciario nombrado por testador vizcaíno no aforado, la posibilidad de ejecutar donaciones mortis causa (art. 620 Cc.), ya que el Código parece excluir ese “concepto sucesorio”.

No ocurre lo mismo en el derecho foral de Bizkaia, en el que el comisario puede ejercitar el poder testatorio por actos inter vivos o mortis causa a título universal o particular sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador y en el que la ley permite a éste hacer donaciones mortis causa (art. 46 en relación con el 74 y ss. LDCFPV). La cuestión es, a nuestro juicio, si entre las facultades del fiduciario nombrado en testamento otorgado por vizcaíno no aforado en el momento de su muerte, pero que lo hubiese sido antes, está o no la de ejecutar en lo que se hallaren pendientes, las donaciones mortis causa hechas por el causante mientras fue aforado vizcaíno.

Nos limitamos a mencionar esta importante cuestión, que en realidad son dos: la primera si los vizcaínos no aforados pueden, en uso de las facultades que les concede el artículo 13 LDCFPV delegar en un fiduciario nombrado la facultad de ejecutar donaciones mortis causa hechas mientras fueron vizcaínos aforados; y la segunda, que va más allá de las fronteras de Bizkaia, la de si el testador de derecho común puede, ya que el artículo 831 permite al fiduciario hacer adjudicaciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio, ejecutar adjudicaciones hechas por el causante en donación mortis causa. A ambas cuestiones hay que responder salvando siempre las legítimas y, sin duda, teniendo en cuenta la excepcionalidad del artículo 831 en el sistema del Código Civil, pero también sin olvidar que está en el Código Civil y que ha sido puesto en él por buenas razones.

En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que la fiducia encomendada al fiduciario no tiene lugar hasta que fallece el causante y que en ese momento ya no pueden hacerse donaciones, pero que sí se podrá encargar al fiduciario la entrega de bienes válidamente donados por el causante mientras fue vizcaíno aforado en atención a su muerte y que hubiese sido diferida al momento de la misma. Ello permitirá cumplir la voluntad que en su día manifestó el donante de predeterminar el destino de bienes concretos de su patrimonio atendiendo y ajustándose a las necesidades de su familia.

Y en cuanto a la segunda, nos limitamos a mencionarla, pues excede del ámbito de Bizkaia, pero nos preguntamos si no permite replantear la cuestión de si las donaciones mortis causa están realmente prohibidas en el sistema del Código Civil, como mayoritariamente se viene admitiendo por la doctrina, aunque con brillantes y prestigiosas excepciones.

En cuanto al pacto sucesorio, baste apuntar aquí que en el derecho civil foral de Bizkaia es una más de las formas en que los consortes aforados pueden regular su sucesión y que en el supuesto, que será muy raro, de fiduciario nombrado por vizcaíno aforado casado en régimen de gananciales, dicho fiduciario deberá respetar las disposiciones en bienes hechas por el causante en pacto sucesorio, pues si dichas disposiciones de bienes han sido hechas después de que se nombrase fiduciario con instrucciones de hacer adjudicaciones concretas, las instrucciones se entenderán revocadas en lo que se refiere a los bienes sobre los que luego se ha nombrado sucesor en virtud de pacto.

No es tan raro, por el contrario, el caso del vizcaíno aforado que deja de serlo como consecuencia de un cambio de residencia. Y en tal caso también deberá el fiduciario que ese vizcaíno nombrase en su testamento, otorgado con arreglo al Código Civil, respetar las disposiciones que válidamente hizo mientras fue aforado, entre ellas las que hizo por pacto sucesorio.

Y en cuanto a la cuestión de si el consorte nombrado comisario por un vizcaíno no aforado con arreglo al artículo 831 puede solamente administrar los bienes sobre los que hayan de ejercerse las facultades conferidas con arreglo al artículo 831 del Cc. o puede también usufructuarlos mientras no haga uso de dichas facultades, creemos que, si bien la regla general es que la interpretación del artículo 831 ha de ser restrictiva, hay que distinguir dos casos: el del vizcaíno no aforado casado en régimen de comunicación foral y el de que está casado en cualquier otro régimen.

En cuanto al primero, al casado en régimen de comunicación foral o el que hubiese optado por ese régimen económico

patrimonial para regular las relaciones económicas derivadas de la convivencia con su pareja de hecho registrada como tal, nos parece que mientras el consorte designado comisario no haya cumplido su comisión tiene no sólo la administración, sino también el usufructo de los bienes sobre los que ésta recae, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 105 de la LDCFPV y si el testador no ha dispuesto otra cosa. Y siempre con respeto a los derechos legítimos de los herederos forzosos.

Por el contrario, si el consorte fiduciario estuvo sujeto a cualquier otro régimen económico matrimonial o patrimonial, tendrá tan sólo la administración porque la Ley 41/2003 no le confiere otra facultad y, aunque el artículo 831 en su nueva redacción se acerca a lo que establecen las legislaciones forales, no parece que uno deba dejarse llevar de ese acercamiento hasta forzar el texto de la Ley en perjuicio del sistema de legítimas del propio Código.

En la práctica, sin embargo, el artículo 831 permite reforzar la situación del consorte viudo que haya sido nombrado fiduciario mediante el uso de la “cautela socini”, que es ya tan frecuente en la práctica y que permitiría, mediante previsión expresa en el instrumento en que se establezca la fiducia, conceder al fiduciario, además de la administración, el usufructo de los bienes sujetos a la misma, con la previsión de que si alguno de los herederos forzosos se opusiese, viera reducida su participación en la herencia a la legítima estricta.

#### E. Límites de la actuación del fiduciario

Tales límites son, conforme al apartado 3 del propio artículo 831, las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las demás disposiciones hechas por el causante a favor de éstos, límites de los que ya se ha tratado en estas Jornadas y respecto de los cuales ya hemos indicado que en Bizkaia, como tantas veces ocurre debido a los cambios de residencia junto con la coexistencia de regímenes legales distintos dentro de nuestro territorio, no habrá que olvidar entre esas disposiciones las donaciones mortis causa, pactos sucesorios u otras disposiciones válidamente hechas por el causante mientras fue aforado vizcaíno.

#### F. Plazo

Corresponde al causante la determinación del plazo en el que el fiduciario haya de ejercitar la fiducia y nos parece indudable que tanto del artículo 44 LDCFPV, que expresamente lo admite, como del 831 Cc., que no lo prohíbe, resulta claramente que el plazo dado por el causante puede ser indefinido.

Pero en caso de que no se haya señalado plazo la diversidad de legislaciones aplicables en Bizkaia nos obliga una vez más a hacer una distinción en esta materia entre el fiduciario nombrado directamente por el testador con arreglo al artículo 831 del Código Civil, que tendrá dos años de plazo para ejecutar la fiducia y el comisario nombrado en uso de las facultades que a los vizcaínos concede el artículo 13 LDCFPV y con las facultades que resultan de los artículos 32 y siguientes de dicha Ley, que tendrá el plazo de un año para cumplir su encargo, diferencia que desde el punto de vista práctico convendría eliminar mediante la unificación de plazos.

Y hablando del plazo de ejercicio de la fiducia, hay que tener en cuenta que la falta de ejercicio de la misma en el tiempo señalado y su correspondiente caducidad tendrá como consecuencia que se apliquen las previsiones testamentarias establecidas para el caso o, en defecto de éstas, se abra la sucesión intestada, por lo que resaltamos la conveniencia de que el testamento en que se nombre fiduciario tenga carácter preventivo y establezca claramente las instituciones de heredero, legados o cláusulas que haga el testador para el caso de renuncia del fiduciario o falta de cumplimiento de la fiducia.

#### **4.- CONCLUSIÓN**

Por último, y como conclusión, creemos que la verdadera novedad de la reforma introducida por la Ley 41/2003 en materia de fiducia sucesoria es el acercamiento, quizá algo tímido, si de lo que se trata es de proteger al heredero discapacitado, del Código Civil a los derechos forales y que por eso desde el punto de vista del derecho de Bizkaia, teniendo en cuenta que todos los

vizcaínos tenían ya antes de la reforma la facultad de testar por comisario; que éste tenía ya, por aplicación de la LDCFPV, la representación y administración de la herencia y que podía cumplir su comisión en uno o varios actos inter vivos o mortis causa, la principal novedad de la reforma es la ampliación para los vizcaínos no aforados de las facultades susceptibles de delegación en el fiduciario con arreglo al artículo 831, en especial la posibilidad de encomendarle la adjudicación de bienes concretos de una sociedad conyugal sin liquidar. Y que esa novedad, si se hace buen uso de ella, y aun dentro de los límites que impone el sistema de legítimas vigente, puede tener la importante consecuencia práctica de permitir que sea posible prorrogar y ampliar las facultades de administración del consorte viudo sobre el patrimonio relicto del fallecido y adaptar su distribución a las circunstancias de cada caso, ya sea para crear por vía testamentaria una situación de especial protección de un discapacitado, ya para otra finalidad diferente en interés de hijos o descendientes o para prorrogar la administración del viudo y diferir la partición de la herencia.

## 5.- BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI: *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco* (comentada por D. Adrián Celaya Ibarra). EDERSA. Madrid: 1997.

BERMEJO PUMAR, M<sup>a</sup> M. *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge)*. Colegios Notariales de España. Madrid: 2001.

DÍAZ ALABART, S. «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente». In *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2004. pp. 259–270.

ESCRITURA PÚBLICA. *Discapaces iguales* (editorial). Enero-febrero de 2004 (núm. 25). pp. 4–5.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. «La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003». In *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, junio 2004 (núm. 2). pp. 19–41.

LUCINI NICÁS, J. A. «La Ley 41/2003, 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». In *Actualidad Civil*, segunda quincena julio de 2004 (núm. 14). pp. 1621–1634.

MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, C. *La situación del cónyuge viudo en el derecho civil foral de Bizkaia*. Colección de textos forales, vol. VII. Diputación Foral de Bizkaia/Universidad de Deusto. Bilbao: 1998.

PEREÑA VICENTE, M. «El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado». In *Boletín del Colegio de Registradores de España*, mayo 2004 (núm. 103). pp. 1521–1532.

PEREÑA VICENTE, M. «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado». In *Actualidad Civil*, segunda quincena septiembre de 2004 (núm. 15). pp. 1758–1772.

REGLERO CUADRADO, G. «Aspectos tributarios de 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». In *Impuestos*, octubre 2004 (núm. 20). pp. 15–36.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M<sup>a</sup>. J. y RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados». In *La Ley*, 29 de junio de 2004 (núm. 6050). pp. 1–5.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad». In *Actualidad Civil*, segunda quincena febrero de 2004 (núm. 4). pp. 357–369.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. «Las fronteras del concepto jurídico de familia». In *La Ley*, 15 de noviembre de 2004 (núm. 6127). pp. 1–7.

## 6.- MODELOS DE TESTAMENTO

Vizcaíno/a no aforado/a (artículo 831 CC)	Vizcaíno/a aforado/a (Ley 3/1992)
En *, mi residencia, a veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro	En *, mi residencia, a veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro
Ante mí, *, Notario del Ilustre Colegio de *,	Ante mí, *, Notario del Ilustre Colegio de *,
COMPARECE:	COMPARECE:
DON/ÑA *, hijo/a de los finados Don * y Doña *, naci- da en *, el día * de * de *, casa- da, de vecindad civil común, vecino/a de *, con domicilio en *, y provisto/a de D.N.I. número *.	DON/ÑA *, hijo/a de los finados Don * y Doña *, naci- da en *, el día * de * de *, casa- da, de vecindad civil foral viz- caína, vecino/a de *, con domicilio en *, y provisto/a de D.N.I. número *.
Tiene a mi juicio la capacidad legal suficiente para testar, y ordena su última voluntad que yo, el Notario, redacto con- forme a sus instrucciones ver- bales en las siguientes,	Tiene a mi juicio la capacidad legal suficiente para testar, y ordena su última voluntad que yo, el Notario, redacto con- forme a sus instrucciones ver- bales en las siguientes,
CLAÚSULAS:	CLAÚSULAS:
PRIMERA.- Declara estar casado/a en únicas nupcias/ser pareja de hecho con Don/Doña *, de cuyo matrimonio/pareja de hecho tiene * hijos/as, llamados/as *	PRIMERA.- Declara estar casado/a en únicas nupcias/ser pareja de hecho con Don/Doña *, de cuyo matrimonio/pareja de hecho tiene * hijos/as, llamados/as *

<p>y estar sujeto a la legislación civil común, siendo su régimen económico-matrimonial/patrimonial *.</p>	<p>y estar sujeto a la legislación civil foral, siendo su régimen económico-matrimonial/patrimonial *.</p>
<p>SEGUNDA.- Que designa fiduciario/a a su citado/a esposo/a/pareja de hecho, Don/Doña *, para que, dejando a salvo la legítima estricta que corresponda a sus descendientes, disponga de sus bienes en favor de los hijos y descendientes comunes, dando a uno más y por lo tanto a otros menos, o a partes iguales, haciendo al efecto las donaciones, legados, instituciones de herederos y exclusiones, en una o varias veces e incluso con carácter revocable.</p>	<p>SEGUNDA.- Que confiere a su citado/a esposo/a/pareja de hecho, Don/Doña *, poder testatorio para que, con el carácter de comisario/a, disponga de sus bienes en favor de los hijos y descendientes comunes, dando a unos más y por lo tanto a otros menos, o a partes iguales, haciendo al efecto las donaciones, legados, instituciones de herederos, exclusiones y apartamientos, con arreglo al Derecho Foral Vizcaíno, en una o varias veces e incluso con carácter revocable.</p>
<p>En ejercicio de dichas facultades, podrá adjudicar o atribuir bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o partición, incluso las que tienen por objeto bienes de la sociedad conyugal/patrimonial disuelta que esté sin liquidar.</p>	<p><i>En ejercicio de las facultades que prevé el artículo 831 del Código Civil que expresamente le confiere, podrá adjudicar o atribuir bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o partición, incluso las que tienen por objeto bienes de la sociedad conyugal/patrimonial disuelta que esté sin liquidar.</i></p>

<p>Dicha fiducia se confiere por toda la vida del cónyuge/pareja de hecho supérstite, pero si éste contrajera segundo matrimonio o relación de hecho análoga, quedará revocado el mismo.</p>	<p>Dicho poder se confiere por toda la vida del cónyuge supérstite /pareja de hecho, pero si ésta contrajera segundo matrimonio o relación de hecho análoga, quedará revocado el mismo.</p>
<p>En tanto no haga uso de la fiducia tendrá la administración y usufructo de los bienes relictos.</p>	<p>En tanto no haga uso del Poder retendrá la administración y usufructo de los bienes relictos.</p>
<p>El cónyuge/pareja de hecho supérstite podrá a su elección, o recibir el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia, con relevación de fianza e inventario y la facultad de tomar posesión del mismo por sí, sin intervención ajena alguna, con lo que quedará pagado de sus derechos legítimos, o recibir el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria.</p>	<p>El cónyuge/pareja de hecho supérstite podrá también atribuirse el usufructo universal de la herencia, mientras se conserve viudo/a o miembro sobreviviente de la pareja de hecho.</p>
<p>TERCERA.- Para el caso de conmorienca, premorienca o incapacidad, o de que tanto el testador/a como el/la fiduciario/a falleciesen sin haber hecho uso de la fiducia testatoria, en todo o en parte, o</p>	<p>TERCERA.- Para el caso de conmorienca, premorienca o incapacidad, o de que tanto el testador/a como el/la comisario/a falleciesen sin haber hecho uso del poder testatorio, en todo o en parte,</p>

designado herederos en su caso, instituye herederos/as universales de todos sus bienes, derechos y acciones a sus hijos/as Don/Doña *, por partes iguales, sustituidos vulgarmente en caso de premo-riencia o incapacidad por sus respectivos descendientes.	o designado herederos en su caso, instituye herederos/as universales de todos sus bienes, derechos y acciones a sus hijos/as Don/Doña *, por partes iguales, sustituidos vulgarmente en caso de premo-riencia o incapacidad por sus respectivos descendientes y con apartamiento de los no mencionados en esta constitu-ción.
CUARTA.- Revoca expresa-mente cualquier disposición testamentaria anterior a la presente.	CUARTA.- Revoca expresa-mente cualquier disposición testamentaria anterior a la presente.
Leído por mí íntegramente y en alta voz este testamento...	Leído por mí íntegramente y en alta voz este testamento...

**Juan Ramón Manzano Malaxechevarría**  
**Andrés M.º Urrutia Badiola**



# **La fiscalidad y la reforma del Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre**



Doctor D. Alberto Atxabal, profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Deusto.

## **1.- LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE**

A finales de 2003, al mismo tiempo que otras muchas leyes, se aprobó la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, con un título muy extenso que nos habla de la 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. El título de la Ley ya nos indica<sup>1</sup> que modifica determinados aspectos de la normativa tributaria en vigor.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, regula, por lo que se refiere al ámbito tributario, el régimen fiscal aplicable al patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Sin embargo, junto a ese objetivo principal de la Ley, se modificaron otras cuestiones o ámbitos del Derecho civil, algunos de los cuales no tienen incidencia fiscal o la que pudieran tener ya encuentra respuesta adecuada en la normativa tributaria en vigor. Existen otros aspectos, no obstante, cuya regulación fiscal no está expresamente prevista en las normas tributarias y que requerirá, a medio plazo, una formulación por parte del legislador. Me refiero a la modificación del artículo 831 del Código civil, respecto a las nuevas facultades conferidas al cónyuge viudo, o a la regulación novedosa del contrato de alimentos en los artículos 1791 a 1797 del Código civil.

Son, por consiguiente, tres las cuestiones que alteran la regulación vigente y, que van a tener mayor incidencia en la normativa tributaria: el patrimonio protegido de la persona con discapacidad, las facultades del cónyuge viudo y el contrato de alimentos.

A la hora de afrontar estas cuestiones, desde una perspectiva estrictamente fiscal, debemos tomar en consideración la pluralidad normativa existente. Debemos diferenciar la normativa de territorio común, de la normativa de los territorios forales, y dentro de éstos, debemos hacer especial hincapié en la normativa propia del Territorio Histórico de Bizkaia, que recoge normas específicas al respecto. Así, nos encontramos ante la siguiente paradoja: respecto al patrimonio protegido del discapacitado, existe una regulación fiscal compleja en territorio común, que afecta a varios impuestos, mientras que Álava, Bizkaia y Gipuzkoa carecen de regulación. Por otro lado, en relación con las facultades del cónyuge viudo recoge-

---

<sup>1</sup> Así cumple el mandato del artículo 4.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías del contribuyente, entonces en vigor, y que hoy se regula en el artículo 9.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

das en el artículo 831 del Código civil, la normativa de territorio común no las tiene en consideración y, sin embargo, la normativa fiscal vizcaína sí ha establecido unas normas específicas para un supuesto similar: la herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio<sup>2</sup>. Por último, por lo que se refiere al contrato de alimentos, no hay regulación expresa en ningún territorio por lo que se aplicarán las normas generales de los impuestos afectados, que en este caso son similares en territorio común y en los territorios forales.

Veamos cada una de estas regulaciones más detenidamente.

## **2.- PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD**

Ya hemos comentado previamente, que el objetivo principal de la reforma operada por la Ley 41/2003 fue la creación del patrimonio protegido para las personas con discapacidad. Dentro de las medidas protectoras que adopta la Ley se incluye un complejo régimen tributario, con determinados beneficios fiscales. No obstante, ya advertíamos que ni Álava, ni Bizkaia, ni Gipuzkoa han regulado esta materia, por lo que el régimen fiscal aplicable a los patrimonios protegidos de la persona con discapacidad no cuenta con reglas específicas ni con beneficios fiscales sino que deberemos aplicar las normas generales de los impuestos afectados.

En definitiva, la normativa fiscal aplicable en territorio común será la que recoge la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (en vigor desde el 1 de enero de 2004).

### ***2.1.- Tributación en Álava, Bizkaia y Gipuzkoa***

En los territorios forales, sin embargo, se constata la ausencia de normativa específica que nos lleva a la aplicación de las nor-

---

<sup>2</sup> Véase la Norma Foral 7/2002, de 15 de octubre, de adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco, y su desarrollo reglamentario mediante el Decreto Foral 183/2002, de 3 de diciembre.

mas generales de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades.

Así, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el discapacitado tributa por la aportación recibida a título lucrativo, generalmente *inter vivos*, lo que conllevará, en la práctica, la inexistencia de reducciones de la base imponible<sup>3</sup> y la exención<sup>4</sup> cuando la persona con discapacidad sea pariente en línea recta, cónyuge o pareja de hecho<sup>5</sup> del aportante, y tenga su residencia habitual en Euskadi.

Respecto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si el aportante realiza una aportación dineraria, no tendrá mayor incidencia en este impuesto. Si la aportación fuera no dineraria, tributa el aportante (persona física) por la ganancia o pérdida patrimonial generada por la transmisión del bien<sup>6</sup>. Ya hemos visto que el discapacitado tributa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a diferencia de la regulación de territorio común.

Por último, si el aportante fuera una persona jurídica, por ejemplo una empresa a favor de sus trabajadores con discapacidad o parientes del trabajador que se encuentren en esa situación de discapacidad, la normativa aplicable será la del Impuesto sobre Sociedades. Así, respecto a la aportación se entiende que no será deducible<sup>7</sup>, puesto que los donativos y liberalidades no son deducibles, salvo los gastos que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa, supuesto que no

---

<sup>3</sup> Véase el artículo 19, apartado 11 del Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio, que regula el Impuesto en Bizkaia: «En las adquisiciones por título de donación o equiparable, la base liquidable coincidirá con la imponible, salvo si es de aplicación lo previsto en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 de este artículo».

<sup>4</sup> Véase el artículo 5 del Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio, que regula el Impuesto en Bizkaia.

<sup>5</sup> Para poder acogerse a la exención, debe tratarse de parejas de hecho constituidas conforme a lo dispuesto en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento Vasco.

<sup>6</sup> Véase el artículo 44 de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.

<sup>7</sup> Véase el artículo 14, en su apartado primero, letra e) de la Norma Foral 3/1996, de 23 de junio, que regula el Impuesto en Bizkaia.

acogería las aportaciones realizadas. Si la aportación fuera dineraria, no tendría mayor incidencia fiscal. Si la aportación fuera no dineraria, al igual que sucede en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tributa el aportante (persona jurídica) por la ganancia o pérdida patrimonial generada por la transmisión del bien.

## **2.2.- Tributación en territorio común**

Véamos, brevemente, la regulación existente en territorio común, que no va a ser aplicación en los Territorios Históricos. Para ello, vamos a distinguir entre las normas fiscales aplicables al aportante, cuando es persona física o jurídica, y las que son de aplicación al discapacitado.

### *2.2.1. Tributación del aportante, persona física (IRPF)*

Cuando quien realice aportaciones a favor del patrimonio protegido de la persona con discapacidad sea una persona física, se aplican las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Debemos distinguir entre aportaciones dinerarias y aportaciones en especie puesto que su tratamiento fiscal difiere.

#### 2.2.1.1. Aportación dineraria

La regulación que ha establecido la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se asemeja a la prevista para las aportaciones a sistemas de previsión social para minusválidos, con una minusvalía superior al 65%; estaríamos hablando de Planes de pensiones, Entidades de Previsión Social Voluntarias (EPSV), Planes de Previsión Asegurados... Por tanto, para un mejor análisis de la incidencia tributaria de la nueva regulación de las aportaciones a patrimonios protegidos de personas con discapacidad, vamos a compararla con la ya existente sobre aportaciones a sistemas de previsión social de minusválidos. Las diferencias que se destacan son las siguientes:

En primer lugar, observamos que no coinciden los conceptos de minusvalía y de discapacidad. A los efectos de la Ley

41/2003 únicamente tienen la consideración de personas con discapacidad<sup>8</sup>:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Sin embargo, en las aportaciones a sistemas de previsión social se exige una minusvalía igual o superior al 65% para poder acogerse al régimen más favorable, o bien una incapacitación judicial que se equipara fiscalmente a una minusvalía del 65%.

En segundo lugar, se puede constituir el patrimonio protegido del discapacitado con aportaciones procedentes del propio discapacitado, de sus padres o tutores, o de cualquier otra persona con interés legítimo, aunque fiscalmente no todo aportante persona física tenga derecho a la aplicación de las reducciones, es decir, únicamente las aportaciones realizadas por los parientes del discapacitado hasta tercer grado, su cónyuge o su tutor dan derecho a la aplicación de la reducción de la base. Por otro lado, en el caso de las aportaciones a sistemas de previsión social, los aportantes con derecho a reducción en base serán, a diferencia de la regulación de la Ley 41/2003, el propio minusválido, sus parientes hasta tercer grado, su cónyuge (en los territorios forales también su pareja de hecho), y su tutor. Vemos por tanto que el elenco es más amplio en el segundo caso porque acoge las propias aportaciones del minusválido.

En tercer lugar, la aportación da derecho a reducir la base imponible hasta un límite de 8.000 € anuales por aportante con derecho a reducción, siempre que el conjunto de aportaciones a un mismo patrimonio no supere 24.250 € anuales porque en este caso se deberían minorar las aportaciones realizadas hasta el lími-

---

<sup>8</sup> Véase el artículo 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

te<sup>9</sup>. En los sistemas de previsión social para minusválidos, la aportación individual se podrá reducir con el límite de 8.000 € anuales por persona, salvo el minusválido que podrá deducirse hasta 24.250 € anuales por su propia aportación. Igualmente, el conjunto de aportación al Plan de pensiones o a la EPSV del minusválido no puede superar 24.250 € anuales, si ha de ser objeto de reducción de la base imponible<sup>10</sup>.

Por último, en el primer caso (patrimonio del discapacitado), el exceso sobre la aportación que no da derecho a reducción de la base imponible, por insuficiencia de base o por superar el límite de reducción fijado, podrá ser compensado en los cuatro ejercicios siguientes<sup>11</sup>. En el segundo caso (plan de pensiones o EPSV), el exceso se podrá compensar en los cinco ejercicios siguientes si se debe a una insuficiencia de base, o en el caso de las EPSV si se debe a la superación del límite de reducción.

Estas mismas conclusiones se pueden expresar en el siguiente cuadro:

#### 2.2.1.2. Aportación no dineraria

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, facilita unos criterios para determinar el valor de transmisión del bien, a efectos del cálculo de la ganancia o pérdida de patrimonio que se ha generado con la aportación en favor del patrimonio protegido de la persona con discapacidad, puesto que nos remite a la normativa del régimen fiscal de las fundaciones y entidades sin fines

---

<sup>9</sup> Véase el artículo artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

<sup>10</sup> Véase la disposición adicional tercera de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.

<sup>11</sup> Véase el artículo artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

	<b>Patrimonio protegido del discapacitado</b>	<b>Sistema de previsión social para minusválidos</b>
Discapacidad o minusvalía	Minusvalía psíquica $\geq 33\%$ o minusvalía sensorial o física $\geq 65\%$	Minusvalía $\leq 65\%$ o incapacitación judicial
Aportantes	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Discapacitado</li> <li>• Padres o tutores</li> <li>• Cualquier persona con interés legítimo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Discapacitado</li> <li>• Pariente en línea recta o colateral hasta tercer grado, inclusive</li> <li>• Cónyuge o pareja de hecho (territorios forales)</li> <li>• Tutores</li> </ul>
Reducción de la base imponible (límite)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 8.000 € por aportante</li> </ul> <p>Sólo parientes hasta tercer grado, cónyuge y tutores</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 24.250 € en conjunto</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 8.000 € por aportante</li> <li>• 24.250 € por el discapacitado</li> <li>• 24.250 € en conjunto</li> </ul>
Exceso de aportación	Cuatro años siguientes	<p>Cinco años siguientes</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Insuficiencia de base</li> <li>• EPSV, en todo caso</li> </ul>

lucrativos<sup>12</sup>. Es decir, que los valores de la aportación no dineraria serían los siguientes<sup>13</sup>:

a) Tratándose de bienes o derechos, su valor contable o valor según el Impuesto sobre el Patrimonio.

b) Tratándose del usufructo de bienes inmuebles, el 2% del valor catastral por cada año de vigencia del usufructo. Si el usufructo se constituye sobre valores, se valorará por el dividendo o interés anual percibidos por el usufructuario durante la vigencia del usufructo.

c) Si se trata de otros bienes y derechos, en función del interés legal del dinero sobre el valor del usufructo.

No generan derecho a reducción las aportaciones de elementos afectos a la actividad económica.

¿Cómo tributa el aportante persona física en este caso? Se declara la exención de la ganancia patrimonial por el bien aportado, es decir, la diferencia entre el valor en el momento de la aportación y su valor de adquisición está exenta. Asimismo, el aportante tendrá derecho a reducir su base imponible por la aportación realizada con los límites que hemos observado en el apartado anterior.

### *2.2.2. Tributación del aportante, persona jurídica (Impuesto sobre Sociedades)*

La primera cuestión que se plantea es la deducibilidad o no de la aportación realizada por una persona jurídica, generalmente la empresa. Ya comentamos, al analizar la normativa foral que las aportaciones se deben realizar a título gratuito por lo que son

---

<sup>12</sup> La remisión se encuentra actualmente en el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común. Este artículo nos remite al artículo 18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

<sup>13</sup> REGLERO CUADRADO, GUSTAVO, «Aspectos tributarios de 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», *Impuestos*, 2004, núm. 20, pág. 18.

actos de liberalidad. En principio, los actos de liberalidad no son deducibles<sup>14</sup>, salvo los gastos que sean consecuencia de los usos y costumbres de la empresa. ¿Se podría entender que las aportaciones al patrimonio protegido se encuentran dentro de los usos y costumbre de la empresa? Hay quien así lo entiende<sup>15</sup>. La norma no lo explicita aunque, indirectamente, el artículo 16.4 de la normativa del IRPF<sup>16</sup>, califica de rendimiento del trabajo para el discapacitado 8.000 € anuales si para el aportante persona física dicha cantidad ha sido gasto deducible. En cualquier caso si fuera gasto deducible parece que el límite será de 8.000 € anuales<sup>17</sup>.

La novedad que incorpora la Ley 41/2003 es el derecho a la deducción de la cuota íntegra, del 10% de la aportación<sup>18</sup>. La aportación se debe realizar a favor de trabajadores con retribuciones anuales brutas inferiores a 27.000 €<sup>19</sup>. Si la retribución bruta anual es igual o supera 27.000 €, la deducción se aplicará sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales y aportaciones que correspondan al importe de la retribución bruta anual<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> Véase el artículo 14.1.e) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre Sociedades en territorio común.

<sup>15</sup> Si las aportaciones al patrimonio protegido se reconocen en convenios colectivos con los trabajadores que obligan a la entidad, tales aportaciones serían fiscalmente deducibles. Véase *Memento Práctico Fiscal 2004*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2004, pág. 694.

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

<sup>17</sup> REGLERO CUADRADO, GUSTAVO, «Aspectos tributarios de 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», *Impuestos*, 2004, núm. 20, pág. 20.

<sup>18</sup> Véase el artículo 45.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre Sociedades en territorio común.

<sup>19</sup> Si la aportación es dineraria deberán ser contribuciones a planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social.

<sup>20</sup> Por tanto, la base de la deducción será el resultado de multiplicar la aportación por el cociente que resulte de dividir 27.000 entre la retribución bruta anual del trabajador.

Igualmente, la deducción se podrá aplicar aunque el trabajador no sea el beneficiario de las aportaciones realizadas, siempre que se trate de aportaciones a un patrimonio protegido de parientes en línea recta o colateral hasta tercer grado, cónyuge y tutor del trabajador.

De cualquier forma, la deducción está sujeta a límite puesto que la base de la misma no podría superar los 8.000 € anuales, es decir, que la deducción máxima por cada trabajador será de 800 € anuales. Si la aportación de la empresa a favor del patrimonio protegido supera los 8.000 €, el exceso se podrá compensar los cuatro periodos siguientes<sup>21</sup>.

Si la aportación realizada por la empresa es en especie, esto es, se trata de una aportación no dineraria, su regulación fiscal es similar la que hemos visto para la persona física por lo que nos remitimos a lo dicho con anterioridad.

### *2.2.3. Tributación del discapacitado*

En territorio común, una parte de la aportación en favor del patrimonio protegido de una persona con discapacidad se califica como rendimiento de trabajo del discapacitado, lo que nos obliga a estudiar dos impuestos, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

#### *2.2.3.1. La aportación recibida es rendimiento del trabajo*

Las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de una persona con discapacidad, tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el discapacitado<sup>22</sup> en su IRPF. Si los aportantes son personas físicas, el rendimiento del trabajo para el discapacita-

---

<sup>21</sup> En los siguientes ejercicios, se aplicará en primer lugar las deducciones pendientes de ejercicios anteriores por haber superado los límites, y posteriormente, las deducciones correspondientes a las aportaciones del año en curso.

<sup>22</sup> Véase el artículo 16.4 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

do será, como máximo, de 8.000 € anuales por aportante y 24.250 € anuales en conjunto. Si el aportante es una persona jurídica, la aportación tendrá la consideración de rendimiento del trabajo para el discapacitado, siempre que haya sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 8.000 € anuales.

No obstante, se establece una exención por un importe de dos veces el Salario Mínimo Interprofesional<sup>23</sup>. Por tanto, mientras las aportaciones al patrimonio protegido del discapacitado que se califican como rendimiento del trabajo de éste no excedan de la cuantía anterior, no se tributará. Ahora bien, esta exención comprende también las prestaciones de sistemas de previsión social para minusválidos<sup>24</sup> por lo que estas cuantías también minoran la exención.

Si el beneficiario de las aportaciones es un pariente del trabajador<sup>25</sup>, será el beneficiario quien deba declarar el rendimiento del trabajo a que hacemos referencia.

Por otro lado, estos rendimientos del trabajo no están sometidos a retención, ni a ingreso a cuenta<sup>26</sup>.

#### 2.2.3.2. Aportación no dineraria

Si la aportación es en especie, esto es, se trata de una aportación no dineraria, el discapacitado se subroga en la posición del aportante respecto a la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados. Sin embargo, a efectos de ulteriores transmisiones de los bienes, el discapacitado no podrá aplicar los

---

<sup>23</sup> El Salario Mínimo Interprofesional para 2004 quedó establecido en 6.447 euros anuales.

<sup>24</sup> En este caso, se exige una minusvalía del 65%, como mínimo, para tener derecho a la exención, y los demás requisitos que mencionamos en el apartado 2.2.1.1. anterior.

<sup>25</sup> Se trataría de aportaciones de la empresa a un patrimonio protegido de parientes en línea recta o colateral hasta tercer grado, cónyuge y tutor del trabajador.

<sup>26</sup> Se rompe de esta forma la regla general. Véase: RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M<sup>a</sup> JESÚS y JOSÉ A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, núm. 6050, 2004, pág. 3.

coeficientes de abatimiento del régimen transitorio<sup>27</sup>, y pierde la exención que hubiera ganado el transmitente.

En este supuesto, cuando la aportación es en especie, el exceso sobre la cuantía calificada como rendimiento del trabajo se sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, donde se tendrían en cuenta las fechas y los valores del momento de la adquisición.

#### 2.2.3.3. Obligación de información sobre el patrimonio protegido

Por otro lado, el discapacitado está obligado a presentar una declaración de la composición del patrimonio protegido, junto con su declaración del IRPF. Esta declaración deberá incluir, asimismo, las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante el periodo impositivo.

#### 2.2.3.4. Disposición anticipada de los bienes y derechos aportados

Por último, la Ley 41/2003 penaliza<sup>28</sup> la disposición anticipada de bienes o derechos del patrimonio protegido por el discapacitado, siempre que ésta se produzca en el periodo de la aportación o en los cuatro siguientes. A la hora de determinar cuáles han sido los bienes transmitidos, se aplicará el método FIFO. Por ejemplo, si dentro de la composición del patrimonio protegido había acciones, de las cuales se transmiten una parte, se entenderán transmitidas en primer lugar, las más antiguas, las que hayan permanecido durante más tiempo en el patrimonio protegido.

---

<sup>27</sup> Véase la Disposición Transitoria Novena del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

<sup>28</sup> REGLERO CUADRADO, GUSTAVO, «Aspectos tributarios de 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», *Impuestos*, 2004, núm. 20, pág. 25.

La penalización<sup>29</sup> afecta a todos los sujetos vinculados con la aportación del bien o derecho. Si el aportante fue una persona física, deberá integrar en la base imponible del periodo en que se produzca el acto dispositivo las reducciones practicadas. Sobre la cuota adicional así calculada se deberán, además, los intereses de demora. Si el aportante fue una persona jurídica, deberá ingresar la deducción practicada más el interés de demora correspondiente. Por último, el discapacitado se ve obligado a integrar en su base imponible la cantidad no declarada en el momento de la aportación. Una vez calculada la nueva cuota, sobre ésta se girarán también los intereses de demora.

Para finalizar, la falta de comunicación de la disposición de bienes del patrimonio al empresario aportante constituye una infracción tributaria que se sanciona con una multa fija de 400 euros. La citada sanción no se aplicará en caso de fallecimiento del discapacitado.

#### *2.2.4. Otros impuestos*

La Ley 41/2003 también afecta a otros impuestos, a saber, el Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados o el Impuesto sobre el Patrimonio.

##### *2.2.4.1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*

Respecto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se declara la exención de las aportaciones a los patrimonios protegidos<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase el artículo 59.5 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

<sup>30</sup> Véase el artículo 45.I.B.20<sup>a</sup> del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de territorio común.

#### 2.2.4.2. Impuesto sobre el Patrimonio

En este caso, estamos ante un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, por lo que la Ley 41/2003 se remite a la normativa autonómica<sup>31</sup> y prevé que las Comunidades Autónomas puedan declarar la exención de los bienes y derechos que componen el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Así, la Ley 7/2004, de 16 de julio, de Cataluña ha regulado para los discapacitados que tengan su residencia habitual en la Cataluña una bonificación del 99% de la parte de la cuota que corresponde al patrimonio protegido.

### **3.- FACULTAD DE MEJORAR DEL CÓNYUGE VIUDO (ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL)**

La Ley 41/2003 también ha modificado el artículo 831 del Código civil, otorgándole al cónyuge viudo unas facultades muy superiores o, incluso, exorbitantes respecto a su regulación tradicional en Derecho común<sup>32</sup>. Esta reforma acerca la figura del cónyuge viudo que ostenta las facultades del artículo 831 del Código civil con las que tiene el comisario en el Derecho civil foral vasco, u otras figuras análogas de Derecho civil foral (navarro, aragonés...). Esta similitud nos obliga a preguntarnos si, desde una perspectiva estrictamente tributaria, podemos aplicar la normativa foral que Bizkaia aprobó hace dos años para adecuar la normativa fiscal vizcaína al Derecho civil foral vasco, a un cónyuge viudo sometido al Código civil que ostenta las amplias facultades del artículo 831.

---

<sup>31</sup> Véase la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

<sup>32</sup> Con esta reforma el legislador pretende revitalizar una norma de escasa aplicación. PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, «El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *La Ley*, núm. 5957, 2004, pág. 3.

### **3.1.- Normativa fiscal de Bizkaia**

Es clásica la prohibición de la analogía en el ámbito tributario respecto al hecho imponible y a las exenciones<sup>33</sup>. Para la aplicación de la analogía, además, se exige identidad de razón entre los supuestos de hecho. En el caso que nos ocupa, hay similitudes entre el cónyuge viudo del artículo 831 del Código civil y el comisario de la herencia vizcaína puesto que ambos pueden proceder a la distribución de los bienes de la herencia en un momento posterior al fallecimiento del causante. No obstante, también existen diferencias entre ambas figuras. En el sistema del Código civil, a la muerte del causante no se crea *ex lege* una comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, tal y como sucede en el Derecho civil foral vasco, por mor del artículo 104 de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco.

Por tanto, entiendo que las normas fiscales de Bizkaia que se refieran a la transmisión de bienes por el comisario serían de aplicación al cónyuge viudo del artículo 831 del Código civil que se encuentra en su misma situación. Igualmente, las reglas fiscales sobre la situación de pendencia de la herencia (por ejemplo, las reglas de devengo, imputación temporal, etc.) serían de aplicación a la herencia yacente de Código civil. Sin embargo, aquellas normas tributarias vizcaínas relativas a la comunidad postconyugal no se podrían aplicar a la herencia yacente del Código civil, en tanto los bienes de la herencia no están en comunidad con los bienes del cónyuge viudo, como sucede en el Derecho civil foral vasco.

### **3.2.- Álava, Gipuzkoa y territorio común**

Todo lo dicho hasta este momento sólo tendría virtualidad respecto a la normativa fiscal vizcaína. Respecto a los demás terri-

---

<sup>33</sup> El artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales. El actual artículo 23.3 de la Norma Foral General Tributaria de Bizkaia y el artículo 13 del proyecto de Norma Foral general Tributaria regulan la prohibición de la analogía en términos similares.

torios forales o a territorio común tenemos que hacer frente a una ausencia de normativa específica, no ya sobre el testamento por comisario, sino también sobre el cónyuge viudo que ostenta las facultades del artículo 831 del Código civil.

Al carecer de una normativa tributaria similar a la vizcaína, no nos podemos plantear su aplicación analógica al cónyuge viudo de Derecho común. Ello nos obliga a acudir a las reglas generales de los impuestos afectados, de las que se pueden extraer las siguientes conclusiones.

### *3.2.1. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*

Respecto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las facultades que el artículo 831 del Código civil le confiere al cónyuge viudo le van a permitir aplazar en el tiempo la transmisión hereditaria. Es decir, mientras el fiduciario (cónyuge viudo que nada adquiere) no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no hay delación sucesoria, ni tampoco vocación hereditaria sobre la parte de la herencia sometida a las facultades que el artículo 831 del Código civil le confiere al cónyuge viudo. Esta situación se asemeja a una condición suspensiva que impide la transmisión en el momento de fallecimiento del causante y cuyo cumplimiento provocará la liquidación del impuesto. El artículo 8 del Reglamento estatal del Impuesto<sup>34</sup> prevé la existencia de condiciones suspensivas y el artículo 24.3 de la Ley estatal del Impuesto<sup>35</sup>, al regular el devengo del impuesto, prevé que cuando la adquisición de bienes o derechos se encuentra suspendida por la existencia de una condición, término, fideicomiso o cualquier otra limitación, se entiende realizada el día<sup>36</sup> que desaparezcan dichas limitaciones.

Por otro lado, el artículo 831 del Código civil permite la realización de las adjudicaciones, mejoras o atribuciones en uno o varios actos. Por tratarse de un impuesto progresivo se plantea la siguien-

---

<sup>34</sup> Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

<sup>35</sup> Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

<sup>36</sup> Este día será la referencia temporal para tomar el valor de los bienes y los tipos de gravamen.

te cuestión. Si el cónyuge viudo, en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 831 del Código civil, adjudica bienes del causante a un mismo heredero en dos actos o momentos distintos, ¿se deben acumular todas las percepciones que el heredero recibe del mismo causante? No existe una regla de acumulación similar a la de las donaciones entre un mismo donante y donatario que se efectúen en un periodo de tres años. Se debería regular expresamente, por tratarse de una norma antifraude, y por tanto, excepcional.

Una cuestión adicional se suscita en torno a la posibilidad de que las facultades del artículo 831 del Código civil no las ejerce el cónyuge viudo sino la pareja de hecho del premuerto, tal y como prevé el citado artículo en su apartado sexto. A efectos tributarios, deberíamos distinguir entre territorios forales, donde se equipara fiscalmente la pareja de hecho que se registre en el Gobierno Vasco con el matrimonio, del territorio común, donde dicha equiparación no existe. Por tanto, en Álava o Gipuzkoa el miembro sobreviviente de la pareja de hecho tiene el mismo régimen fiscal que el cónyuge viudo, mientras que en territorio común el miembro de la pareja de hecho es fiscalmente un extraño respecto al causante, aplicándole la tributación más onerosa del impuesto.

Por último, no todos los autores<sup>37</sup> opinan que en los casos de fiducia, como la del cónyuge viudo del artículo 831 del Código civil, resultarían aplicables las normas generales del impuesto, sino que pretende la aplicación de normas específicas para supuestos similares como podría ser la regulación fiscal de la fiducia aragonesa<sup>38</sup>. Es

---

<sup>37</sup> Véase: BARRACHINA JUAN, EDUARDO, «La transmisión de bienes en el testamento fiduciario a efectos fiscales» *El Fisco*, núm. 101, septiembre de 2004, pág. 19.

<sup>38</sup> El artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento estatal del Impuesto establece que: «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se rige a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero, si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».

decir, que deberían tributar los herederos a partes iguales, con un derecho a la devolución del exceso pagado una vez se repartan los bienes de la herencia y se conozca, por tanto, la adquisición real de cada heredero. Esta solución fue rechazada para el Derecho civil foral vasco en la normativa tributaria vizcaína porque se entendió que violentaba la naturaleza jurídica de la institución civil<sup>39</sup>, ya que se les obliga a tributar a sujetos pasivos que pueden no llegar a serlo si el comisario posteriormente no les designa herederos del causante.

### 3.2.2. Otros impuestos

Tampoco existen normas específicas en otros impuestos que pueden resultar afectados por la situación de pendencia mientras el cónyuge viudo no ejercite las facultades del artículo 831 del Código civil y no proceda a la distribución de los bienes de la herencia. Es de justicia, no obstante, recordar que la normativa tributaria vizcaína sí ha establecido reglas para la herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Patrimonio, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en tributos locales.

En los demás territorios fiscales las reglas fiscales brillan por su ausencia, por lo que no tenemos normas específicas para gravar en el IRPF, por ejemplo, los dividendos generados por unas acciones que eran del causante pero que el cónyuge viudo todavía no ha repartido y, por consiguiente, carecen de un titular determinado a quien imputar el rendimiento de capital. Es sólo un ejemplo que no tiene una solución fiscal concreta.

## 4.- CONTRATO DE ALIMENTOS

Por último, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha regulado en los artículos 1791 a 1797 del Código civil el contrato de

---

<sup>39</sup> Véase: ATXABAL RADA, ALBERTO, *La fiscalidad del Derecho Civil Foral del País Vasco*, Colección Tesis Doctorales de la Hacienda Foral núm. 2, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbo, 1999, págs. 286-291.

alimentos<sup>40</sup>. Parece evidente que, a efectos fiscales, nos encontramos ante una renta vitalicia por la imposición de un capital. La peculiaridad consiste en que la renta se cobrará en especie. Debemos distinguir entre el régimen tributario del alimentista y el régimen del obligado a prestar los alimentos.

#### **4.1.- El régimen fiscal del alimentista**

El alimentista será una persona física por lo que su régimen fiscal se regula en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A efectos fiscales, existen dos momentos relevantes: la constitución de la obligación alimenticia y la percepción de los alimentos.

##### *4.1.1. La constitución de la obligación*

La obligación de satisfacer alimentos surge por la imposición de un capital con carácter previo. Dicho capital podrá aportarse en dinero, en cuyo caso no tendrá mayor incidencia fiscal; pero también es posible que la aportación no sea dineraria (por ejemplo, mediante la aportación de bienes o derechos). En el caso de aportación no dineraria, se genera una ganancia o pérdida de patrimonio por la diferencia entre el valor actual financiero-actuarial de la pensión, por un lado, y el valor de adquisición de los bienes transmitidos, por otro. Esta ganancia o pérdida está sujeta y sometida a gravamen, salvo que sea de aplicación la exención prevista para la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o que por la aplicación de los coeficientes de abatimiento del régimen transitorio esté exenta toda la ganancia, a que se hizo referencia anteriormente<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> El artículo 1791 del Código civil define el contrato de alimentos de la siguiente forma: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

<sup>41</sup> Véase el punto 2.2.3.2 de este artículo.

#### *4.1.2. La percepción de los alimentos*

Los alimentos que percibe el alimentista tendrán la calificación fiscal de rendimientos de capital mobiliario. Entre los rendimientos de capital mobiliario, se trataría de una renta vitalicia inmediata<sup>42</sup>. En estos casos, se declara un porcentaje de la anualidad percibida, en función de la edad del alimentista a la celebración del contrato, según la siguiente escala:

- a) 45%, si el alimentista tiene menos de 40 años.
- b) 40%, si el alimentista tiene entre 40 y 49 años.
- c) 35%, si el alimentista tiene entre 50 y 59 años.
- d) 25%, si el alimentista tiene entre 60 y 69 años.
- e) 20%, si el alimentista tiene más de 69 años.

#### **4.2.- El régimen fiscal del obligado a prestar los alimentos**

El contrato de alimentos tendrá relevancia para el obligado a prestarlos en el momento de la extinción de la obligación. Entonces, se generará una ganancia o una pérdida de patrimonio por la diferencia entre el valor de adquisición del capital percibido, por un lado, y la suma de los alimentos satisfechos, por otro.

Por último, las cantidades satisfechas por alimentos no darán derecho a reducir la base<sup>43</sup> imponible del IRPF al obligado a prestarlos (en caso de que sea persona física), puesto que esta reducción de la base se refiere a los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y ss. del Código civil, que para el alimentista tienen la calificación como rendimientos del trabajo.

***Alberto Atxabal Rada***

---

<sup>42</sup> Vease el artículo 36.1.b) de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.

<sup>43</sup> Vease el artículo 61 de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.



## SESIÓN DE TARDE



*Moderador: D. Javier Muguruza.  
Miembro de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho.*



# “LA PRÁCTICA ACTUAL DEL PODER TESTATORIO”



Dña. Tatiana G. San Sebastián y Juan Carlos Mtz. Llamazares, abogados.

## **1.- INTRODUCCIÓN**

## **2.- NORMATIVA APLICABLE**

a) Ley 3/1992 de 1 de Julio del Derecho Foral del País Vasco:

.-art. 32 a 48. “Del Poder testatorio y del testamento por comisario”.

.- artículos dispersos a lo largo de la ley en los que se hace referencia al poder testatorio.

b) Ley 2/2003 de 7 de Mayo reguladora de las parejas de hecho, y el Decreto de 124/2004 de 22 de Junio por el que se aprueba el reglamento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

c) En defecto de norma foral aplicable regirá como supletorio Derecho supletorio el Código civil y de más disposiciones de carácter general, debiendo acomodarse a los principios generales del derecho civil foral (art. 3 de la ley 3/1992).

### **3.- CONCEPTO**

### **4.- ELEMENTOS PERSONALES**

a) Testador-otorgante

.- Capacidad y vecindad civil vizcaína

b) Comisario

.-capacidad

.- Menor de edad

.- Menor emancipado

.- Concursado -Quebrado

.- Persona jurídica

.- Carácter del cargo

.- Varios comisarios

c) Sucesor

.- capacidad

## **5.- FORMA DEL PODER**

- a) Testamento
- b) Capitulaciones matrimoniales.” Alkar poderoso”

## **6.- CONTENIDO DEL PODER.**

- a) Facultades del comisario
  - .- La voluntad del comitente
  - .- La designación de sucesor
  - .- Distribución de los bienes
  - .- Cuantas facultades corresponden al testador
  - .- Representación y administración de la herencia
  - .- Usufructo
  - .- Atribución de bienes de la herencia
- b) Obligaciones del comisario
  - .- Inventario
  - .- Prestar alimentos con cargo a la herencia
  - .- Promover tutela o curatela

## **7.- EJERCICIO DEL PODER**

- a) Forma de los actos de disposición
- b) Número de actos de disposición
- c) Tiempo de uso del poder

## **8.- EXTINCIÓN DEL PODER**

Plazo  
Muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario  
Supuestos de separación, nulidad o divorcio: presentación de la demanda  
Cónyuge comisario: nuevas nupcias, vida marital, hijo no matrimonial

Renuncia del comisario  
Indignidad del comisario o descendientes  
Causas previstas en el poder  
Por revocación

## **1.- INTRODUCCIÓN**

Si algo se puede decir con claridad del poder testatorio, es que además de ser una de las instituciones más representativas del Derecho foral vizcaíno, ha demostrado ser a lo largo de varios siglos, un instrumento altamente eficaz para resolver situaciones que el testador no podía prever, así como para reforzar la situación del cónyuge viudo frente a los herederos del premuerto.

## **2.- NORMATIVA APLICABLE**

a) Ley 3/1992 de 1 de Julio de Derecho Foral del País Vasco:

.-art. 32 a 48. “ Del Poder testatorio y del testamento por comisario”.

Artículo 32

*“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.”*

Artículo 33.

*“El nombramiento de comisario habrá de hacerse en testamento ante Notario.*

*Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán además nombrarse recíprocamente comisario en la escritura de capitulaciones o pacto sucesorio. A esta designación entre cónyuges se le denomina alkar-poderoso.”*

Artículo 34.

*“El comisario habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar al tiempo de ejercitar el poder testatorio.*

*El sucesor designado habrá de ser capaz para suceder en el momento de dicho ejercicio, o en la fecha del fallecimiento del causante. Quedarán a salvo las designaciones condicionales o fideicomisarias.”*

Artículo 35.

*“El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, y, en su defecto, tendrá las facultades que al causante corresponden según los preceptos de este Fuero.”*

Artículo 36.

*“En todo caso, el comisario deberá realizar, en el plazo de seis meses desde que, fallecido el comitente, tenga conocimiento de su designación, un inventario de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión, de cuyo contenido deberá dar cuenta a los presuntos sucesores.”*

Artículo 37.

*“El comisario no podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte, a menos que éste le hubiere autorizado expresamente para ello.”*

Artículo 38.

*“El comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le pudiese haber atribuido por testamento el causante, así como aquellos que le corresponderían en el caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio.*

*Dichas adjudicaciones habrán de realizarse con sujeción a lo establecido en los artículos 62 Y 64”*

Artículo 39.

*“El cargo de comisario es, en todo caso, voluntario y gratuito, y sus facultades, mancomunadas o solidarias, son personalísimas e intransferibles.*

*El comisario podrá designar albacea y contador-partidor de la herencia del comitente.”*

Artículo 40.

*“Mientras no se defiera sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal la persona que el testador hubiera designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga.*

*A falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo, y, en defecto de éste, el propio comisario.”*

Artículo 41.

*“Pendiente el ejercicio del poder testatorio, los hijos y demás descendientes del causante en situación legal de pedirlos tendrán derecho de alimentos con cargo a los rendimientos de los bienes hereditarios, a falta de persona obligada a prestarlos”.*

Artículo 42.

*“El comisario está obligado a promover la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante, menores no emancipados e incapacitados.”*

Artículo 43.

*“Los comisarios desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se adoptarán por mayoría, y en caso de empate decidirá el nombrado en primer lugar”.*

Artículo 44.

*“El comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere.*

*A falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los presuntos sucesores fuesen mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación.”*

Artículo 45.

*“Salvo disposición en contrario del testador, el comisario podrá usar del poder testatorio en uno o varios actos u otorgamientos.”*

Artículo 46.

*“El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por actos inter vivos o mortis causa, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la Ley al testador.*

*El cónyuge sobreviviente podrá hacer uso en su propio testamento del poder testatorio concedido por el premuerto, pero sólo para disponer en favor de los hijos y descendientes comunes. En este último caso, podrá el comisario dar carácter revocable, de una manera expresa, a la disposición realizada en representación de su cónyuge.”*

Artículo 47.

*“Las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables, salvo en el supuesto regulado en el párrafo último del artículo anterior.”*

Artículo 48.

*“El poder testatorio se extinguirá:*

- 1. Al expirar el plazo establecido para su ejercicio.*
- 2. Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al comisario.*
- 3. En el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio.*
- 4. Cuando el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario.*
- 5. Por renuncia.*
- 6. Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder.*
- 7. Por las causas previstas en el propio poder.*
- 8. Por revocación.”*

-Otros artículos dispersos a lo largo de la ley en los que se hace referencia al poder testatorio:

.-art. 13.

*” Los vizcainos no aforados podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero”.*

.-art.64

*.”Si hubiese poder testatorio, la valoración de los bienes para fijar la legitima se hará:*

*Por el comisario, si no tuviese interés en la sucesión.*

*Por el comisario, con el contador partidor que el causante hubiese designado.*

*Por el comisario con los sucesores presuntos.*

*Por decisión judicial.”.*

Art.105.

*“Si el causante hubiese designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que se haga la designación de sucesor. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición en contrario del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie la aceptación de la herencia por los sucesores designados.*

*Salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza”.*

Art.106.

*“Por excepción a lo dispuesto en el artículo 104, el cónyuge viudo nombrado comisario, podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad en la sucesión del premuerto, sin perjuicio de la reserva de los bienes troncales.*

*En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante, el cónyuge comisario, conjuntamente con el*

*contador-partidor, podrá llevar a cabo la disolución y liquidación de la comunidad constituida, en la forma prevista en el art. 108, quedando en la sucesión del causante los bienes adjudicados a la misma. Igualmente, lo podrá realizar con los sucesores presuntos, o en otro caso, por decisión judicial.”*

Disposición transitoria segunda.-

*“Lo establecido en el art44 en cuanto al plazo para el ejercicio del poder testatorio, y en el art. 45 respecto a la posibilidad de ejercitar el poder testatorio en uno o varios actos u otorgamientos, será de aplicación retroactiva a los otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.”*

Disposición transitoria tercera.

*-“En los poderes otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley, la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso del poder”*

b) Ley 2/2003 de 7 de Mayo reguladora de las parejas de hecho, y el Decreto de 124/2004 de 22 de Junio por el que se aprueba el reglamento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

*Art. 9 de la Ley: “A efectos de la Ley 3/92 de 7 de Julio de Derecho Civil Foral Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas.”*

c) En defecto de norma foral aplicable regirá como supletorio Derecho supletorio el Código civil y de más disposiciones de carácter general, debiendo acomodarse a los principios generales del derecho civil foral (art 3 de la ley 3/1992).

### **3.- CONCEPTO**

En primer lugar debemos diferenciar entre el poder testatorio y testamento por comisario. El poder testatorio, es el poder conferido a una persona, para que tras la muerte del poderdante,

disponga de los bienes de éste último; y el testamento por comisario, es el testamento otorgado en nombre de otro ya fallecido, en virtud del poder que este le confirió.

El testamento por comisario, no es sin embargo, el único cauce jurídico formal que está a disposición del comisario para ordenar la sucesión del comitente, es uno de ellos como veremos al analizar las formas de los actos de disposición del comisario.

#### **4.- ELEMENTOS PERSONALES**

##### **Testador-otorgante.**

###### A) Capacidad

La ley nada dice al respecto, y ante el silencio legal CELAYA, entiende que deberá tener capacidad general para testar. (art. 662 Código Civil)

###### B) Vecindad vizcaína.

El art. 13 de la ley 3/92 permite a todos los vizcaínos, sean o no aforados otorgar poder testatorio, si bien el fondo de la sucesión con respecto a estos últimos, debe regirse conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

¿Por qué es necesario tener vecindad civil vizcaína?

El poder testatorio no es una forma de testar, sino como muy bien señala ARZANEGUI un modo, es una institución que afecta a la manera de ordenar la sucesión, por lo tanto no es susceptible de ser utilizado por cualquier persona que se halle en Vizcaya.

Recordar en este punto que, según lo dispuesto en el art 14.5 del Código Civil la vecindad civil se adquiere:

a) *“Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad.”*

b) *“Por residencia continuada de 10 años, sin declaración en contrario durante ese plazo.”*

En su párrafo 4º, el art. 14 contempla otra posibilidad, al disponer que si bien el matrimonio no altera la vecindad (antes de octubre de 1990 el marido imponía a la mujer la suya) cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrán optar por la vecindad del otro.

¿Que ocurre si se otorga poder testatorio siendo vizcaino, y posteriormente se pierde la vecindad vizcaina?

Si tal como hemos argumentado, el poder testatorio no es una forma de testar, sino que afecta al contenido de la sucesión, en virtud de lo dispuesto en el art.9.8 del Código Civil (*“las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a ésta última”*), se mantendría la eficacia de las disposiciones realizadas por el comisario.

¿Y si el otorgante del poder testatorio no ostenta la vecindad civil, y se halla sometido al Derecho civil común como ley personal que rige su sucesión? El nombramiento de comisario y los actos que este realice no tendrán ninguna validez, ya que el Código Civil prohíbe expresamente esta figura. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya Sección Cuarta de 14 de Mayo de 1998).

### **Comisario.**

El art. 34 de la ley 3/92 establece que el comisario habrá de tener la capacidad necesaria a) para el acto b) al tiempo de ejercitar el poder. Es decir, que la capacidad vendrá determinada por la naturaleza del acto.

La capacidad que debe tener la persona elegida, deberá ser, según autores como GIMENO, además de la necesaria para

realizar el acto concreto a través del cual se cumpla el cargo del comitente, la general para contratar y obligarse, por analogía con lo dispuesto en los arts. 1716 del CC para el mandato y 893 del mismo cuerpo legal para el albacea.

¿Tendrá por lo tanto un menor la capacidad necesaria para ser designado comisario? En nuestra opinión existen serias dudas sobre esta posibilidad.

El comisario, además de designar sucesor, puede estar investido de otras facultades, como la de representante y administrador, (supongamos que no hay cónyuge viudo ni designación expresa del poderdante).

El cargo conlleva una serie de obligaciones que cumplir, (realización de inventario, promover tutela o curatela) e incluso puede incurrir en responsabilidades derivadas del ejercicio de su cargo.

El menor emancipado sin embargo si ostenta la capacidad suficiente para ser comisario.

En cuanto al concursado y al quebrado consideramos que pueden desempeñar el cargo sin problemas, ya que, el término "capacidad" del art. 34 viene referido a los bienes propios del comitente. El concursado y el quebrado, pueden representar a otras personas, la declaración de concurso y la quiebra su estado civil, no hay obstáculo para que desempeñen sean comisarios.

Tampoco parece haber obstáculo para que el cargo de comisario pueda ser desempeñado por una persona jurídica.

Por otra parte, el cargo de comisario, a tenor de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 3/92, puede ser encomendado a uno o varios comisarios, en este último caso, el de ser varios los comisarios, dispone el art. 43 que *"desempeñaran su cargo mancomunadamente, salvo que el testador disponga otra cosa. Los acuerdos se adoptarán por mayoría, y en caso de empate decidirá el nombrado en primer lugar."*

El testador, puede distribuir entre los comisarios, las distintas facultades de la manera que considere mas oportuna, o bien atribuir el cargo en relación a los bienes, en este último caso, si no se hace uso del poder con respecto a ese bien, se abrirá la sucesión “ab intestato” con respecto a él.

El régimen de adopción de acuerdos puede ser variado por el testador.

El régimen de eficacia de los actos realizados por uno de los comisarios mancomunados sin el consentimiento de los demás será el de nulidad relativa.

El cargo de comisario es:

a) gratuito, aunque nada impide que el comitente pueda establecer algún tipo de remuneración.

b) voluntario, la renuncia conlleva la extinción del poder

c) personalísimo. El comitente designa comisario en base a las condiciones personales del mismo, por lo tanto las facultades que le acompañan son intransferibles, se excepcionan las que no tengan carácter personalísimo como la designación de representante, administrad, albacea.

## **Sucesor**

El art. 34 establece que el sucesor debe ser capaz “*en el momento del ejercicio del poder o al fallecimiento del testador.*”

Nada se dice respecto a la capacidad, sólo se hace referencia al momento, pero hay que entender que le son aplicables las normas al respecto del Código Civil artículos 744 y ss., (art. 3.1 de la ley 3/92).

El hecho de que baste con que el sucesor sea capaz al momento del ejercicio, permite la designación como sucesor, de

personas que al fallecimiento del causante ni siquiera existían, un nieto por ejemplo. Sin embargo, el momento del fallecimiento del causante, parece plantear ciertos problemas tales como el de designar sucesor a una persona que en el momento de la designación este fallecida, pero viva en el momento de fallecimiento del comitente, o el considerar capaz a alguien que atente contra los legitimarios del comitente una vez este fallecido (y exista sentencia confirmando tal circunstancia), ya que en el momento de fallecimiento no incurría en causa de indignidad ( en el Código civil se borra retroactivamente la aptitud para suceder).

## **5.- FORMA DEL PODER**

El art. 33 de la ley 3/92 dispone que *“el nombramiento de comisario habrá de hacerse en testamento ante notario. Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán además nombrarse recíprocamente comisario en la escritura de capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio, recibiendo esta la denominación de “alkar poderoso”*

La designación en capitulaciones se refiere sólo a los cónyuges no a los demás intervinientes.

¿Tan solo merece el calificativo de *“alkar poderoso”* el nombramiento recíproco en capitulaciones matrimoniales?

Tradicionalmente, según GIMENO tan sólo el cónyuge viudo que detentaba el usufructo universal de los bienes, era el representante y administrador de la herencia y tenía además la facultad de designar sucesor merecía el calificativo de poderoso. La designación recíproca de heredero tenía lugar en capitulaciones matrimoniales.

Hoy en día, el poder se otorga en la mayoría de los casos, de manera unilateral ante notario, sin hacer alusión a la reciprocidad, que no deber ser un requisito para que se pueda calificar el nombramiento de poderoso. En definitiva, si el comisario se halla investido de las facultades de representante y administrador,

detenta el usufructo universal, y puede designar sucesor nos encontramos ante un poderoso, aunque no haya sido nombrado en capitulaciones y el nombramiento no haya sido recíproco.

## **6.- CONTENIDO DEL PODER.**

### **Facultades del comisario.**

El Art. 35 de la ley 3/92 dispone que *“El comisario desempeñara su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, ...”*

En primer lugar, se habrá de estar a lo dispuesto por comitente, que podrá establecer cuales son las facultades comisario, estableciendo los límites que considere oportunos, de tal forma que si el comisario se excediese, los actos que realizase serían nulos de pleno derecho, por ejemplo, el testador delimita el número de personas entre los que debe hacerse la designación, estableciendo que solo entre sus hijos y el comisario designa a un nieto, el acto es nulo, ¿Pero se extinguiría el poder? Si expresamente se contempla como causa de revocación del poder contenida en el propio poder prevista en el art.48, es evidente que si, recordar en este punto lo dispuesto en el art. 37 sobre la imposibilidad de *“revocar el testamento del comitente, en todo o en parte, a menos que este le hubiere autorizado expresamente para ello”*.

*(continuación art.35) y en su defecto, tendrá las facultades que al causante corresponden según los preceptos de este Fuero”*.

¿Cuáles son esas facultades?

El art. 54 de la Ley 3/92 establece que *“el testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.*

*Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión.*

*Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido.”*

Esta facultad de designación de sucesor y distribución de los bienes, viene atribuida de forma expresa al comisario en el art. 32 de la Ley 3/92 así como cuantas facultades corresponden al testador en orden a la trasmisión: realizar la partición, imponer gravámenes, apartar etc...

*El art. 39.2 de la Ley 3/92 dispone que el comisario” podrá nombrar albacea y contador partididor, a menos que el testador los hay designado expresamente.”*

El art. 40 de la Ley 3/92 determina quien es el representante y administrador de la herencia:

En primer lugar, quien haya sido designado expresamente por el causante, en segundo lugar el cónyuge viudo y en tercero lugar el comisario.

El art. 105 de la Ley 3/92, ubicado en la disolución del régimen de comunicación foral, también atribuye la representación y administración de la herencia al cónyuge viudo en tanto no medie aceptación por los sucesores designados.

¿Podrá el comitente atribuir facultades de disposición al comisario? En su favor, milita el argumento, según GIMENO, la analogía con el de albacea, al que si se le puede atribuir dicha facultad, si pueden otorgarse a un albacea por que no al comisario.

En caso de que no le asigne la facultad de disposición, ¿cuál es el alcance de las facultades de administración del comisario?

Si el comisario esta investido de las facultades de representación y administración de la herencia, no cabe duda que en cuanto administrador puede realizar actos de administración ordinaria y extraordinaria, apostando por una administración de carácter dinámico, que permita la disposición de bienes improductivos o deteriorables (conservación del valor del bien).

¿Pero esto en la práctica que quiere decir? Hay supuestos en nuestra opinión que son claros, como por ejemplo una expropiación forzosa, una “opa”, en los que el comisario se encuentra facultado para actuar y sobrepasar los límites de lo que estrictamente puede considerarse un acto de administración, pero hay otros supuestos en los que con el fin de obtener una mayor rentabilidad, por ejemplo un cambio de un fondo de inversión a otro, venta de acciones, es más difícil conceder al comisario esa posibilidad de extralimitarse ya que desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, nos encontramos ante un acto de disposición, si bien la práctica es la entidad bancaria la que con toda probabilidad nos marque el límite, obligando al comisario a realizar un ejercicio parcial de poder testatorio, en aquellos casos en que considere que nos encontramos ante un acto de disposición, solución esta más acertada tácticamente que la de hacer concurrir normalmente a los hijos al banco junto con la viuda comisaria (caso más frecuente).

Continuando con las facultades del comisario, ¿Es posible la renuncia a la herencia por éste?

Por ejemplo, un causante instituye herederos a sus tres hijos, uno de los cuales fallece con posterioridad al causante, dejando a su vez, dos hijos y concediendo poder testatorio a su viuda; ésta pretende, en ejercicio de su poder renunciar a la herencia del causante de su difunto esposo, y que así acrezca a los hermanos del otorgante del poder testatorio. Considero que el comisario no puede renunciar, ya que el poder testatorio está concebido para designar sucesor, y distribuir los bienes pero no para renunciar a la herencia.

En cuanto a la posibilidad de usufructuar el caudal hereditario habrá que distinguir:

1) Testamentos otorgados con anterioridad al 7 de Noviembre de 1992.

La Compilación no contemplaba el usufructo a favor del cónyuge comisario, a pesar de que la doctrina vizcaína consideraba que históricamente el cónyuge comisario gozaba siempre del usufructo de los bienes del fallecido hasta la partición hereditaria.

La disposición adicional tercera de la Ley 3/92 ha tratado de corregir el olvido del anterior texto legal, estableciendo la designación de comisario implicará la atribución del usufructo vitalicio que no se extinguirá por el uso del poder, es como si art. 61 y con independencia del régimen económico matrimonial.

2) Testamentos otorgados con posterioridad al 7 de Noviembre.

El testador puede legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes (art. 61 de la Ley 3/92), correspondiéndole en todo caso lo dispuesto en el art. 58 (de la sucesión forzosa), independientemente de su designación como comisario.

Sin embargo, si el régimen económico del matrimonio es el de comunicación foral, según lo dispuesto en el art. 105 de la Ley 3/92 el cónyuge designado comisario viudo será usufructuario mientras no haga uso del poder, entendiéndose esta última frase en el sentido, “en tanto no agote el uso del poder”, ya que tras la entrada en vigor de la ley 3/92 es posible ejercitar el poder en varios actos, con lo que conservará el usufructo con respecto a aquella parte de la herencia sobre la que no se hay designado sucesor. Si bien en la práctica en el caso de que la designación tenga lugar en testamento y a este se le de carácter revocable, ésta no desplegará su eficacia hasta el fallecimiento del comisario, y aun cuando no se le conceda el carácter de revocable, cabe al designado acudir al Registro de Actos de Última Voluntad cada cierto tiempo.

El comisario podrá además atribuirse, “*los bienes que le hubiese podido atribuir por testamento el causante, así como*”

*aquellos que le hubiesen correspondido en el caso de sucesión intestada o falta de ejercicio del poder testatorio*". (art.38 de la Ley 3/92). En el caso de que se trate del cónyuge del causante y el régimen económico matrimonial sea el de comunicación foral, al amparo de lo dispuesto en el art.106 de la Ley 3/92 podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes del fallecido, dejando la otra mitad en la sucesión del premuerto.

.-El comisario que sea a la vez heredero forzoso, podrá atribuirse la herencia apartando a los restantes.

.-El comisario que sea cónyuge podrá asignarse el usufructo universal de la herencia o la parte libre.

.-El comisario que sea un extraño tan solo podrá atribuirse la parte de libre disposición, en caso de que la hubiere.

### **Obligaciones del comisario**

El art. 36 impone al comisario la obligación de *“realizar, en el plazo de 6 meses, desde que fallecido el comitente, tenga conocimiento de su designación, un inventario de bienes, derechos y obligaciones de la sucesión, de cuyo contenido deberá dar cuenta a los presuntos sucesores”*

El comitente no puede dispensar al comisario de esta obligación, nos encontramos ante una norma de carácter imperativo.

Puede realizarse en documento público o privado.

En cuanto al contenido de la obligación, debemos entender que se refiere a dar cuenta del inventario, activo y pasivo, no de lo actuado, ya que el comisario no tiene la obligación de rendir cuentas, pensemos que el cargo de representante y administrador no tiene obligatoriamente que recaer en él.

El art. 41 dispone que *“pendiente el ejercicio de poder testatorio, los hijos y demás descendientes del causante en*

*situación legal de pedirlos tendrán derecho a alimentos con cargo a los rendimientos de los bienes hereditarios, a falta de persona obligada a prestarlos”.*

El legislador parece haber olvidado a otros parientes del causante, por ejemplo los ascendientes, que pueden encontrarse en situación de pedir alimentos.

El art. 42 establece la obligación de *“promover la constitución de tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante, menores no emancipados e incapacitados”.*

La relación de confianza en la que se basa la designación de comisario sobre todo en el caso del extraño, justifica la imposición de esta obligación.

## **7.- EJERCICIO DEL PODER**

### **Forma de los actos de disposición**

El artículo 46 de la Ley 3/92 postula que *“El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por actos “inter vivos” o “mortis causa”, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador”.*

El cónyuge sobreviviente podrá hacer uso en su propio testamento del poder testatorio concedido por el premuerto, pero sólo para disponer a favor de los hijos y descendientes comunes. En éste último caso, podrá el comisario dar carácter revocable, de una manera expresa, a la disposición realizada en representación de su cónyuge.”

En definitiva, es posible hacer uso del poder testatorio a través de los medios admitidos en derecho en la forma definida por el artículo 27 de la citada ley *“La designación del sucesor en bienes, sean o no troncales, tiene lugar por testamento, ley, pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación”.*

Dentro de los medios “inter vivos”, el más usual es la donación. En este sentido, si bien el citado precepto cita expresamente la escritura de donación, evidentemente se estaba refiriendo a la donación de bienes inmuebles, ex artículo 633 del Código Civil:

*“Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario”.*

No obstante, nada empuja a la asunción de otro tipo de instrumentos mucho menos formalistas, para las donaciones de todo tipo de bienes muebles (metálico, etc.), al amparo del artículo 632:

*“La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada.”.*

La cuestión más debatida en la doctrina se refiere a si el hecho de utilizar el poder en una u otra forma hará participar al acto de la naturaleza jurídica del negocio elegido, lo que nos llevaría a concluir que la elección, verbi gratia, de la figura de la donación para un concreto ejercicio obligaría al beneficiario de la misma a llevar a cabo un acto de aceptación, en la forma expresada en los artículos 632 y 633 CC, lo que, en último caso, favorecería la tesis de la revocación de dicha disposición, en tanto no se produzca la efectiva aceptación, en contra de la doctrina tradicional. Siguiendo a CELAYA, citamos la Resolución de la DGRN de 1 de Julio de 1.920:

*“El acto en cuya virtud el comisario manifiesta la voluntad delegada del causante, no se rige por las reglas particulares del contrato, ni requiere la conformidad de la parte concurrente, al ser de naturaleza unilateral, razón por la cual le basta el natural complemento de la aceptación general de la herencia”, al entender que el comisario, strictu sensu, no es un donante, pues los bienes donados no han entrado en su patrimonio.*

Por lo demás, ninguna duda alberga el carácter de acto unilateral del testamento o bilateral de las capitulaciones matrimoniales o el pacto sucesorio, pues esta característica va en su propia esencia, pues la falta de aceptación produciría su quiebra.

Respecto al carácter revocatorio o no de dichos ejercicios, ex artículo 47;

*“Las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables, salvo en el supuesto regulado en el párrafo último del artículo anterior”.*

Parece que, solamente, en principio, cuando se den los tres requisitos del párrafo segundo del artículo 46, esto es, se trate del testamento del cónyuge-comisario, que se use en el propio testamento el poder testatorio y que sea a favor de hijos y descendientes comunes, se podrá aceptar la revocación del mismo, quedando expresamente excluidos de la misma el resto de la casuística posible de uso del poder testatorio por comisario no cónyuge tanto en testamento como por actos “inter vivos”.

No obstante lo anterior, según GIMENO, es posible, apelando al concepto más amplio de “alkar poderoso”, definido anteriormente, que se admita la revocabilidad del testamento efectuado por el comisario-cónyuge en documento aparte del propio del comisario, esto es, el realizado tan solo en nombre de su cónyuge premuerto.

Respecto a los efectos, así como la donación produce efectos inmediatos, el testamento lo difiere al fallecimiento del comisario, lo que, a nadie se le oculta, provoca una enorme inseguridad en los presuntos sucesores del causante.

### **Número de actos de disposición.**

Establece el artículo 45 de la Ley 3/92 que “Salvo disposición en contrario del testador, el comisario podrá usar del poder testatorio en uno o varios actos u otorgamientos.”

La regulación que se analiza supone una modificación de derecho positivo que otorga carta de naturaleza a una costumbre muy arraigada en territorio foral, a pesar de que la Compilación del 59 estableció cortapisas en ese sentido, al restringir dicho uso a un solo acto si, al momento del uso del poder, todos los hijos comunes fuesen mayores de edad, y únicamente si alguno o algunos de ellos no hubieran alcanzado dicha edad, hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquellos fueran contrayendo matrimonio o accedieran a dicha mayoría de edad. Esta normativa provocaba, según GIMENO, que, una vez agotado el poder en un único acto permitido en las condiciones expuestas, en caso de no contemplar todos los bienes objeto de transmisión con dicho uso o apareciesen otros con posterioridad, se vieran obligados los herederos a interesar la apertura del ab intestato.

Por lo demás, el artículo 45 permite la multiplicidad de actos, salvo disposición en contra del testador, incluso en favor de un único beneficiario.

No debemos olvidar por otra parte, el contenido de la *Disposición Transitoria Segunda* de la presente Ley Foral que indica que:

“El artículo 45 respecto a la posibilidad de ejercitar el poder testatorio en uno o varios otorgamientos, será de aplicación retroactiva a los otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”.

Dicha Disposición viene siendo interpretada por la doctrina en el sentido de permitir al comisario a partir de la entrada en vigor de la Ley el uso del poder testatorio en uno o varios actos, haya o no fallecido el causante antes del 7 de Noviembre, “*siempre y cuando los poderes no hayan quedado extinguidos con anterioridad o fueron declarados ineficaces o nulos*” (STSJPV 22/6/1999)

En este sentido, declara la STS 20/4/91 que “la retroactividad legal se proyecta plenamente sobre las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad, pero no a las consecuencias ya consu-

madras”. Normalmente, la retroactividad se aplicará a aquellos poderes que a la fecha de entrada de la ley no habían sido usados en ninguna ocasión, pues es fácil colegir que, al permitir la ley únicamente un uso, de haberse dado éste, el poder hubiera quedado ya extinguido y la nueva ley no le permite rehabilitar la consumación del poder, también si a la entrada en vigor de la ley algún hijo era aún menor de edad.

### **Tiempo de uso del poder.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Foral:

*“El comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere.*

*A falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los presuntos sucesores fuesen mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad de todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación.”*

La nueva regulación viene a desentrañar una de las cuestiones más complejas y que han merecido mayores comentarios en la doctrina a los largo de los años. En efecto, si bien el Fuero Nuevo de 1526 determinaba el plazo de un año y un día si los hijos eran mayores de edad y, en todo caso, desde que alcanzasen dicha edad, la prórroga indefinida del poder por toda la vida del comisario, sobre todo cuando concurría la circunstancia de tratarse del cónyuge del testador, era ampliamente aceptada, pues en palabras de CELAYA, “*fortalecía la posición del viudo otorgándole el disfrute de los bienes mientras no se efectuase la división y adjudicación*”; como última ratio, el fuero no prohibía la prórroga, si bien no la contemplaba.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de Abril de 1957 rechazó la posibilidad de que el comisario prorrogase su poder, a las que siguieron otras de 1960 y 1964.

La Compilación resolvió más o menos el problema al indicar su artículo 19 que *“el testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo. Si no lo hubiere señalado el plazo será de un año contado desde la muerte del testador, o en su caso, desde que hubiese contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos.”*

Como vemos, la nueva Ley Foral sigue ahondando en las diferencias de trato que le merece el comisario, si es cónyuge, respecto a si no lo es, permitiendo en el primer supuesto otorgar un poder con plazo indefinido o por los años que viviere, en tanto que para el comisario “extraño”, si bien se le permite también un plazo, deja sin concretar un plazo máximo o prudencial, lo que, en algunos casos, como por ejemplo, el otorgamiento de un poder por 50 años, podrá suponer de facto un poder indefinido.

La doctrina propone diversas alternativas: CELAYA, un plazo máximo de 30 años, en concordancia con la prescripción de mayor término, LEZON, entiende que lo más acertado es no establecer plazo alguno y, en todo caso, que puede ser señalado por el juez, a petición de cualquier interesado en la herencia. GIMENO, por último estima que parece aconsejable fijar los plazos con prudencia y teniendo presente que el señalamiento del plazo no puede servir nunca para convertir en irrisorias las expectativas hereditarias de los llamados a suceder al comitente. Un problema similar se plantea en caso indicado más arriba de que el plazo dado por el testador sea un término indefinido de facto, verbi gratia, si se concede un tiempo de 60 o 70 años. En todo caso, cuando de comisarios extraños se tratase, el plazo deberá ser determinado.

En punto a las consecuencias de la falta de señalamiento de plazo, debiendo aplicarse el de un año (46.2.), sigue el criterio de la Compilación y tiene en cuenta una fecha cierta, al margen de los propios interesados, como es un año desde el fallecimiento si los presuntos sucesores son mayores de edad o desde que lo sea el último de ellos, sin valorar la posible emancipación en algún caso.

La mención a los “presuntos sucesores”, parece referirse por un lado a los herederos forzosos (art. 53 L. F), y por otro lado, a los que lo sean a la fecha de fallecimiento del testador, lo que permite aceptar como tales incluso a los concebidos y no nacidos (*nasciturus*) del artículo 29 Cc.

Por otra parte, el plazo de uso del poder es de caducidad, no cabiendo la suspensión ni la interrupción.

Dos cuestiones últimas nos plantea este precepto. Por una parte, las consecuencias del ejercicio del poder testatorio cuando éste haya caducado y el alcance de la Disposición Transitoria Segunda, para los poderes otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Foral.

a) En cuando a la primera cuestión, es pacífica la doctrina de que el acto realizado por el comisario una vez transcurrido el plazo estipulado por el comitente es nulo de pleno derecho, no cabiendo ulterior ratificación.

La nulidad de dicho ejercicio es equiparable, por mor del artículo 1.259 Cc:

*“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo”* a la inexistencia por falta de consentimiento, como requisito básico de los contratos, ex art. 1.261 Cc.

En idénticos términos, la STS de 2 de Julio de 1.969: *“la caducidad del poder testatorio lleva consigo la nulidad radical y absoluta –a causa de inexistencia por falta de consentimiento- de los actos jurídicos reflejados en las escrituras en que el comisario hizo uso del poder carente ya de toda virtualidad”*.

Por otro lado, parece evidente que dicha nulidad radical supondrá el carácter *imprescriptible* de las acciones para su declaración.

b) En punto al alcance de la D. T. Segunda de la ley, “lo establecido en el artículo 44 (...), será de aplicación retroactiva a los otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley” en las mismas condiciones que las expresadas para el artículo 45—, la retroactividad se refiere a los poderes que, a la entrada en vigor de la Ley 3/92, no hayan quedado extinguidos con anterioridad o fueran declarados nulos o ineficaces, esto es, que puedan ser utilizados. No lo podrán ser, y en su consecuencia, su ejercicio será nulo, aquellos cuya fecha de ejercicio a 7 de Noviembre de 1.992 haya caducado o haya acaecido cualquier otra causa de extinción del poder, recogida en la normas forales previas a la actualmente en vigor. En idénticos términos, la STSJPV de 3 de mayo de 2004.

## **8.- EXTINCIÓN DEL PODER**

El art.48 establece que el poder testatorio se extinguirá:

1. *Al expirar el plazo establecido para su ejercicio.*
2. *Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al comisario.*
3. *En el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio.*
4. *Cuando el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario.*
5. *Por renuncia.*
6. *Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder.*
7. *Por las causas previstas en el propio poder.*
8. *Por revocación.*

Al respecto, haremos las siguientes consideraciones:

- 1.- La muerte por sí misma del comisario no supone la extinción del poder, pues solamente tiene estos efectos en el

supuesto de que no hubiese hecho uso de sus facultades o habiéndolas agotado. Puede que haya realizado ejercicios parciales de poder que serán validos, solo se abrirá la sucesión abintestato con respecto a los bienes que no hay dispuesto.

2.- Para valorar la incapacidad sobrevenida del comisario, habremos de estar a la resolución judicial que así lo disponga, debiendo interpretarse dicha circunstancia de forma restrictiva, partiendo de la presunción de capacidad, salvo resolución en contrario.

No toda muerte, imposibilidad o incapacidad supone la extinción del poder, en la medida en que, de darse una pluralidad de sujetos, solo el acaecimiento de cualquiera de estas situaciones en todos ellos, provoca los efectos indicados.

3.- Si bien nada se dice acerca de las separaciones de hecho, parece evidente que debemos analizar en cada caso, si la ruptura se produjo de mutuo acuerdo, o bien impuesta por cualquiera de los cónyuges al otro, pues en este caso se ha podido quebrantar la fiducia que inspira el otorgamiento del poder. No es descabellado pensar que, si en el caso de las parejas de hecho, la simple decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja, comunicada fehacientemente al otro, según reza el artículo 18 de la Ley 2/2003, puede provocar la extinción de la unión de hecho y en su consecuencia del poder otorgado, la separación de hecho en los matrimonios de común acuerdo o impuesta unilateralmente, debe merecer idéntica consecuencia.

Por lo demás, respecto a la Ley Vasca de parejas de hecho, estimamos que extinguirán el poder, las mismas causas que la propia unión more uxorio.

6.- En lo relativo a la indignidad para suceder, al no existir especificación alguna, debemos de acudir a las causas citadas en el Código Civil en su artículo 756.

8.- La revocación del poder (artículos 737 a 743 del Código Civil) si éste ha sido otorgado en testamento, según el artículo 738

solo puede tener lugar en principio mediante otro testamento, pues se precisan las solemnidades necesarias para testar. Sin embargo, como indica CELAYA, dado que en Vizcaya existen otros medios para testar, hay que admitir, en principio, que tanto las capitulaciones matrimoniales, como los pactos sucesorios pueden ser instrumentos válidos para revocar un poder testatorio.

***Tatiana González de San Sebastián  
y Juan Carlos Martínez Llamazares***



# **CINCO CUESTIONES PRÁCTICAS RELATIVAS AL PODER TESTATORIO**



D. Julián Sarrikolea, magistrado.

Quando el Grupo de Estudio del Derecho Foral de este Colegio de Abogados me propuso desarrollar una ponencia sobre el tema que figura en el programa (“La jurisprudencia del poder testatorio”), objeté la falta de resoluciones judiciales acerca de esta materia, en particular de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia que ha asumido la competencia para conocer del recur-

so de casación; y propuse, teniendo en cuenta que la sesión a celebrar se anuncia como Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, exponer mi punto de vista respecto de algunas de las cuestiones que se les hubiera planteado en el curso de sus reuniones de estudio. Así es como he elaborado este trabajo, con el título que figura en cabeza, tratando de responder, en la medida que me es posible, a las dudas expuestas por el Grupo de Estudio.

Pero antes he de resaltar con satisfacción el interés que en esas cuestiones se advierte por desentrañar y analizar el contenido de nuestro Derecho Foral, lo que puede resultar pieza importante para futuras reformas legislativas.

## **1.- LIMITACIÓN EN EL PLAZO CONCEDIDO AL COMISARIO PARA EL USO DEL PODER.**

Partiendo del texto del art. 44 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, que en su letra no impone al comitente límite temporal para la vigencia del poder testatorio que confiera, plantea el Grupo de Estudios la cuestión de quien haya designado comisario a una persona joven, que no sea su cónyuge, a la que además hubiera nombrado representante y administradora del caudal con las más amplias facultades (art. 40), concediéndole para el uso del poder un extenso plazo, pongamos por ejemplo de 50 años. Y para hacer más llamativo el problema, se indica que la comisaria sea la compañera sentimental del comitente y que los únicos parientes de éste, con derecho a sucederle en sus bienes, troncales o no, según el caso, sean personas de cierta edad, que con toda probabilidad no verán el final del plazo dado para ejercitar el poder.

La cuestión, naturalmente, se refiere a la eficacia que debe reconocerse al plazo que se haya concedido en un caso así.

A) *Precedentes legislativos acerca del plazo para ejercitar el poder testatorio:*

Acerca del poder testatorio, tanto el Fuero Viejo (Capítulo 126 en la edición de Eusko Ikaskuntza y Capítulo 127 en la edición de Astuy) como el Fuero Nuevo (Ley 3ª del Título XXI) reco-

nocen la validez del otorgado a favor de cualquier persona, mencionando como sus destinatarios a “*parientes e amigos e los maridos a las mugeres e las mugeres a los maridos*”.

En cuanto al plazo para que los comisarios hicieran la institución que les estaba encomendada, el Fuero Nuevo (en Ley citada) establecía el término de año y día a contar del fallecimiento del poderdante, si los presuntos sucesores fueran entonces de edad de poderse casar, o en otro caso desde que alcanzaren esa edad.

Con el tiempo se generalizó la práctica de prorrogar ese plazo indefinidamente, práctica que alcanzó el rango de costumbre cuando se trataba de poder conferido recíprocamente entre cónyuges, sin que por mi parte tenga conocimiento de la concesión de esa misma prórroga indefinida en el caso de poder testatorio otorgado a favor de otras personas.

Sin embargo, después de varios siglos de introducida esa costumbre (que está documentada desde, al menos, el siglo XVII), la jurisprudencia (SSTS de 30 Abril 1957, 17 Junio 1957, 19 Mayo 1960, 8 Octubre 1962, 29 Abril 1964 y 10 Octubre 1977) declaró la nulidad de la mencionada prórroga indefinida del poder testatorio y la consiguiente caducidad del poder, una vez transcurrido el plazo legal de año y día fijado en el Fuero Nuevo.

Los argumentos en los que se basó esa doctrina del Tribunal Supremo fueron contradichos por la doctrina científica, como recientemente reconoce el propio Tribunal en su S. de 12 Marzo 2002.

La Compilación de 1959 trató de poner solución al estado de cosas originado, disponiendo en su art. 19, párrafo segundo, que “*el testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo*”. Con esto el legislador venía a reconocer implícitamente la insuficiencia del plazo de año y día, contenido en el Fuero Nuevo y que había sido origen de que se estableciera la práctica consuetudinaria de una prórroga definida para el ejercicio del poder testatorio entre cónyuges.

Pero de nuevo la jurisprudencia (S. de 29.Abril.1964, antes citada) vino a restringir la aplicación de ese precepto, declarando que el plazo al que se refería ha de ser “*un término concretado en el tiempo*”, de lo que concluyó que su fijación por todo el tiempo de vida del sobreviviente, aunque se estableciese a favor del cónyuge, equivalía a “*una inadmisibile prórroga indefinida*”.

Una vez que se constituyó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 –y en concreto a sus arts. 70, 72 y 73–, que venía a desarrollar lo previsto en el art. 152 de la Constitución, la Sala de lo Civil asumió competencia casacional en materia de Derecho Foral y reconoció la validez de la prórroga indefinida del poder testatorio otorgado bajo la vigencia del Fuero Nuevo (SSTSJ de 30.Diciembre.1991 y 12.Abril.1994), así como la del concedido durante la vigencia de la Compilación (STSJ de 23.Enero.2001); lo que motivó que el propio Tribunal Supremo (S. de 12.Marzo.2002 citada anteriormente), volviendo de su anterior doctrina, declarase la validez de la prórroga indefinida del poder recíproco que se habían conferido los cónyuges –en este caso, rigiendo el Fuero Nuevo–, y admitiese que sobre la concesión de la tal prórroga indefinida existía una costumbre inveterada a la que calificó como costumbre “*praeter legem*”.

Es de notar que, con excepción de la STSJ de 30.Diciembre.1991, las demás que se acaban de citar fueron dictadas una vez que entró en vigor la vigente Ley de 1 de Julio de 1992 del Parlamento Vasco, sobre Derecho Civil Foral del País Vasco, y aunque aquellas resolvieron sobre la aplicación de la legislación anterior, es de creer que las disposiciones de la nueva Ley fueron un factor más que propició la creación de la doctrina que en ellas se contiene.

B) *El plazo para ejercitar el poder testatorio, en la vigente legislación:*

La Ley 3/1992, de 1 de Julio, en su art. 44, ha regulado la materia del plazo de vigencia del poder testatorio con mayor detenimiento que lo habían hecho los textos legales anteriores.

El citado art. 44 contiene, respecto del plazo para el ejercicio del poder testatorio, tres reglas: 1) La que, con carácter general, faculta al comitente a determinar su duración.- 2) La que atribuye también al comitente la posibilidad de conceder al comisario, cuando éste sea su cónyuge, un plazo indefinido o su equivalente de por toda la vida de éste.- 3) Y la del término de un año, que con carácter supletorio se establece para cuando el testador no haya fijado plazo alguno.

En cuanto al cómputo del plazo, dispone el mismo artículo que se hará a contar de la muerte o declaración de fallecimiento del comitente, si entonces todos los presuntos sucesores fueren mayores de edad o, en otro caso, desde que alcancen la mayoría todos ellos. Y aunque el artículo sólo refiere esa regla al cómputo del plazo legal de un año, se ha de entender que resulta aplicable así mismo al caso de que el plazo de vigencia del poder haya sido determinado por el propio testador –salvo que éste, al fijarlo, hubiera dispuesto expresamente otra cosa–, porque la razón de la norma se daría por igual en ambos supuestos.

En la interpretación de este artículo, creo necesario distinguir el supuesto de que el testador tenga sucesores forzosos, bien sea en la sucesión legítima o bien en la sucesión troncal, del otro supuesto en el que carezca de tales sucesores forzosos. En este segundo caso, considero que no hay problema, porque si el testador puede disponer libremente de todos sus bienes, no habría razón para ponerle límites a la facultad de fijar libremente el plazo de ejercicio del poder. La cuestión se suscita con la existencia de sucesión forzosa y a esta sola me voy a referir.

La respuesta a la cuestión que se plantea –validez de un amplio plazo de vigencia del poder testatorio conferido a quien no sea el cónyuge– se ha de ver en la diferencia que existe entre las dos primeras reglas del art. 44 que antes se han indicado.

La expresión legal de que el comitente *podrá señalar plazo* para el ejercicio del poder, entendida literalmente, sólo significa dos cosas: que se ha de tratar de un término concreto y que el testador tiene la facultad de fijar su duración.

Pero un criterio lógico y sistemático de interpretación añade otros elementos de juicio.

Cuando el comisario designado sea el cónyuge, el poder se le podrá conferir por plazo indefinido o por los años que viviere, estando claro en el texto de la ley que la vigencia del poder en esos términos, sin limitación en el tiempo, únicamente cabe que sea concedida en ese preciso supuesto de que sea el cónyuge el nombrado comisario, pero no si se designa para el cargo a cualquier otra persona distinta, cualquiera que sea la relación parental o afectiva que ésta guarde con el testador, pues para ésta habrá de determinarse un plazo concreto dentro del cual ha de cumplir el encargo, o se aceptará, a falta de determinación, el plazo legal de un año.

Es necesario, por tanto, establecer la diferencia lógica que debe entenderse entre el plazo determinado y el plazo indefinido, pero refiriendo esa diferencia no sólo a la que resulta del mero sentido gramatical, sino al alcance práctico de su respectivo contenido, dado que de acuerdo con esa aplicación práctica ha de ser entendida la ley, en su condición de instrumento que regula la vida jurídica en la comunidad social. Atendiendo al puro significado gramatical de los términos, un plazo indefinido cabe presumirlo más extenso que otro de 20 años, pero aplicado el primero a un comisario de 80 años de edad y el segundo a otro que cuente 30 años, la mayor probabilidad es que se invierta su respectiva duración.

En este sentido, el plazo indefinido o por toda la vida del comisario, que la ley sólo permite para el poder conferido al cónyuge, habría de entenderse utilizado por el testador no sólo cuando empleó literalmente esas expresiones, sino también cuando fijó un término que, aunque definido en el tiempo, sea de tal extensión que, en la práctica y atendidas las expectativas de la vida humana, suponga un equivalente a la duración indefinida o un resultado presumiblemente próximo a ella.

Esto sentado, la cuestión radica en establecer los criterios según los cuales serían inadmisibles, a causa de su duración, determinados plazos que pudiera fijar el testador para un comisario que no sea su cónyuge.

Para ello es conveniente comenzar recordando la posición que, históricamente y en la vigente Ley, tiene el cónyuge comisario respecto del caudal hereditario del finado comitente.

Ni el Fuero Viejo ni el Fuero Nuevo contenían otras normas, acerca de las facultades y derechos del cónyuge comisario en relación con los bienes del comitente, que no fueran los de permitirle disponer de ellos por donación o testamento con arreglo a fuero. Esto no obstante, es un hecho reconocido la preeminencia de que gozaba el viudo comisario sobre sus hijos y demás descendientes –presuntos herederos de su finado consorte– en orden a la administración del patrimonio familiar, como efecto de la alta expresión que en el derecho vizcaíno tuvo siempre la relación conyugal (que la STS de 7 de Enero de 1959 calificó de *“ejemplar unidad e identificación de los esposos”*), reflejada en instituciones como la comunicación foral de bienes.

Esta posición de hecho que se reconocía en el viudo comisario hizo que LEZÓN NOVOA (*“Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado en el Fuero de Vizcaya”*) le calificara como usufructuario universal y vitalicio.

Por su parte, la Compilación de 1959, aunque ciñéndose escuetamente a las funciones de representación y gobierno, reconoció al viudo, en tanto no se hiciera la designación de sucesor del causante, la condición de *“único representante de la herencia y administrador de todo el caudal”* (art. 48, párrafo segundo).

Pese a esta aparente limitación de la ley, pudo afirmar VALLET DE GOYTISOLO (*“El régimen económico matrimonial y la comunicación de bienes en el sistema jurídico civil vizcaíno”*), ahondando en el significado práctico de la posición que el poder testatorio con prórroga indefinida le confería al cónyuge comisario, que *“le aseguraba un usufructo vitalicio de regencia familiar”*, opinión sustancialmente coincidente con la antes aludida de LEZÓN.

La vigente Ley de 1992, ha regulado más ampliamente los derechos que corresponden al viudo comisario, reconociéndole la

representación y administración del caudal del finado comitente, a falta de otra disposición de éste (art. 40), y atribuyéndole, también salvo disposición en contrario, el usufructo del caudal cuando el régimen económico fuera el de comunicación de bienes (art. 105, párrafo segundo). Y esto, sin perjuicio de la legítima que le corresponde (art. 58) y de la facultad del testador de legarle el usufructo universal de sus bienes (art. 61).

La salvaguarda de esta posición prevalente del cónyuge viudo explica que en el Derecho histórico se introdujera la costumbre de prorrogarle indefinidamente el plazo legal para el ejercicio del poder testatorio, como medio de reforzar su autoridad en la familia; y eso mismo justifica actualmente la regla de que ese poder le pueda ser otorgado por los años que viviere, porque en la concesión de ese plazo no juega solamente el interés de los presuntos sucesores para que se haga una disposición acorde con sus necesidades y con las aptitudes de cada uno para el gobierno de los bienes familiares, sino que se contempla al propio tiempo el interés del viudo comisario y el mantenimiento de su autoridad familiar.

En cambio, es muy distinta la posición del comisario que no sea el cónyuge.

En el caso de éste, no existe razón válida para dilatar en el tiempo las funciones del comisario no-cónyuge con el propósito de favorecer sus conveniencias personales. Por el contrario, el único interés racionalmente atendible es el de los presuntos sucesores, de modo que la duración del plazo para ejercitar el poder testatorio solamente debe quedar justificada atendiendo a este exclusivo interés.

No cabe olvidar que el objeto para el cual concede la ley (art. 32) la facultad de nombrar comisario es el de designar sucesor, distribuir los bienes y ejercitar las demás facultades que tenía el testador para la transmisión sucesoria, funciones todas ellas que se dirigen a atender el interés de los que puedan ser llamados a la sucesión..

En consecuencia, habrán de ser las circunstancias familiares y personales de los presuntos sucesores las que aconsejen la fijación del plazo idóneo para que el comisario no-cónyuge haga uso del poder, teniendo en cuenta el número y edades de dichos posibles sucesores, su preparación profesional, su estado civil, sus condiciones familiares, su situación económica y cuantas otras circunstancias puedan considerarse influyentes para la adecuada distribución de los bienes.

Cierto es que el apuntado punto de vista provocará una cierta inseguridad jurídica dado que la variedad de las circunstancias de los posibles sucesores puede, en ocasiones, provocar incertidumbre sobre si el plazo concedido debe reputarse razonable o excesivamente dilatado para el acertado cumplimiento del encargo que el comisario recibió. Pero a falta de una norma legal sobre el límite máximo del plazo, que estableciera una regla objetiva de control al comitente –disponiendo, por ejemplo que, no tratándose del cónyuge, el plazo no podría exceder de diez años–, no cabe otra solución que la de estar a lo que resuelva el prudente criterio de quien, en el caso que se plantee, deba decidir si resulta o no admisible el plazo que figure concedido en la ocasión de que se trate.

Si se entendiera que el plazo fijado en el caso concreto no tiene posible justificación en el interés de los sucesores, sino que se ha de presumir establecido por el testador en interés –no legítimo– del comisario, como sucedería en el ejemplo descrito al comienzo de este comentario, la fijación del plazo habría que entenderla hecha en fraude de ley, como realizada al amparo del texto de una norma, pero persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico (art. 6.4 del Código Civil), sin que para la calificación del fraude se requiera que haya existido propósito de burlar la ley, sino el de obtener un efecto pernicioso o no querido por el ordenamiento (como magníficamente explica la STS de 13.Junio.1959, 7º Considerando de la segunda sentencia). Y aun no advirtiéndose que el plazo fijado por el comitente persiguiera un efecto pernicioso, sino que simplemente era lesivo para los presuntos sucesores, por su injustificada extensión, habría que entender que era nulo por carecer de base legal, como contrario al espíritu y finalidad de la norma.

La impugnación del plazo del poder testatorio en estos supuestos no conduciría a que el órgano judicial hubiera de fijar el plazo que entendiéndose correcto, como pregunta el Grupo de Estudio. Si la función de juzgar consiste en declarar cuál es la voluntad de la ley en el caso que se enjuicia, se comprenderá que no es misión de los Tribunales establecer un plazo, cuya determinación confía la ley al testador, sino resolver si el fijado por éste puede estar afectado por algún vicio que lo haga ineficaz.

## **2.- LA DENOMINACIÓN *ALKAR PODEROSO* COMO SIGNIFICADO DE SU CONTENIDO.**

Una cuestión de menor entidad, que se le ha planteado al Grupo de Estudio de Derecho Foral en sus actividades, ha sido la de precisar cuáles son los caracteres que debe reunir el poder testatorio para que, con propiedad, pueda recibir el nombre de *alkar poderoso*.

En la búsqueda de una respuesta dicen haber encontrado dos opiniones que consideran no coincidentes. La de CELAYA (*“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”*), a quien atribuyen el criterio de que el *alkar poderoso* requiere que el cónyuge comisario, junto con el poder testatorio conferido por su fallecido consorte, ostente la condición de usufructuario del caudal de éste; y la de GIMENO –M. Javier– (*“El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992”*), quien añade que el cónyuge comisario debe ser, además, representante de la herencia del finado y administrador del caudal, porque sólo uniendo estas facultades al usufructo de los bienes del comitente puede merecer el calificativo de *“poderoso”*.

Desde luego que, sin asumir ninguna función dirimente en las discordancias que se puedan ver en las opiniones de tan reconocidos juristas, ni reconocerme en absoluto condiciones para ese desempeño, me limitaré simplemente a manifestar la opinión que se me pide.

No estoy seguro de que CELAYA opine que el usufructo de los bienes del causante sea condición necesaria para que el poder testatorio conferido a su cónyuge pueda merecer el nombre de

*alkar poderoso*. Cosa distinta es que sostenga –y en ello coincido plenamente con su opinión–, que históricamente al cónyuge viudo y comisario le ha estado reconocido por los descendientes y sucesores del premuerto la condición de usufructuario del caudal del finado, aunque en el Fuero Viejo y en el Fuero Nuevo no hubiera precepto expreso que le otorgara ese derecho.

En definitiva, de lo que se trata, como he dicho al comienzo, es de concretar cuándo o bajo qué condiciones o requisitos el poder testatorio que se confieran los cónyuges puede entenderse que constituye la figura que tradicionalmente se conoció con la denominación de *alkar poderoso*.

La cuestión me parece intrascendente, porque el empleo de ese nombre carece de efectos normativos y, por tanto, su aplicación, correcta o no, es indiferente para la atribución de derechos o facultades al cónyuge comisario.

Pero vayamos con la cuestión.

Ateniéndome a la opinión de un ilustre lingüista, en la expresión *alkar poderoso* se ha producido el fenómeno morfofonológico de haberse reunido en una sola palabra lo que inicialmente fueron dos, habiendo sido la expresión originaria la de “*alkar podere osoa*”, que podría traducirse por “*apoderamiento recíproco pleno*”, en la que se tomó el término “*podere*” en lugar del propio “*alduntza*” sin duda por influencia del texto castellano de la escritura de poder. El *apoderamiento* se califica de “*oso*”, es decir de *total* o *pleno*, porque faculta a disponer de la totalidad de los bienes del comitente.

Pero ese *apoderamiento* debe ser entendido en su verdadero significado. No se trata de un poder de representación, porque el comisario no representa al comitente, ni podría hacerlo después de fallecido éste y extinguida su personalidad. El poder testatorio tampoco es un fideicomiso. El comisario no es un ejecutor de la voluntad del comitente, sino que aquello que dispone es producto de su propia voluntad. En el Derecho histórico se confi-

guraba el poder testatorio conferido a los comisarios “*para dar e distribuir e partir entre sus herederos todos sus bienes muebles e raíces como quisieren e por bien tuvieren*” (Fuero Viejo) o “*para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento, e institución, o instituciones de herederos*” (Fuero Nuevo). El significado que se daba a las facultades conferidas por el poder testatorio es bien expresivo.

El poder testatorio es una disposición de última voluntad, mediante la cual y porque así lo permite la ley, se transmite a una persona –teóricamente cualquiera, pero en la práctica y tratándose de cónyuges suele ser siempre el consorte–, las facultades que tiene el testador para ordenar la sucesión en sus bienes, de acuerdo con las reglas que rijan para ella. El comitente reúne en su persona, por una parte, la titularidad de los bienes, –en sentido lato–, que integran su patrimonio y, por otra, la facultad de disponer de ellos para después de su muerte, facultad inserta en aquella titularidad, pero fácilmente identificable dentro de ella. El sentido del poder testatorio es el de que el causante, mediante un acto de última voluntad –el poder testatorio– transmite a otro la facultad de ejercitar las disposiciones sucesorias sobre sus bienes. Una vez operada la transmisión de esas facultades por fallecimiento del comitente, investido de ellas el comisario, dispondrá como si se tratara de su propia sucesión.

Es cierto que el testador puede establecer en el poder testatorio las condiciones que crea convenientes (art. 35). Podría indicar, por ejemplo, que la elección de sucesor en una industria familiar se haga entre algunos determinados de sus hijos y no entre todos ellos. Esto sin embargo no contradice lo que se lleva dicho, ya que se trataría simplemente de un límite que se ha impuesto a las facultades transmitidas para la designación de sucesor.

Hechas las anteriores precisiones, se ha de recordar también que el nombre de *alkar poderoso* no es una denominación técnica, sino vulgar, que el pueblo aplicó al poder testatorio que tradicionalmente se conferían los futuros contrayentes en la misma escritura en la que se otorgaban las donaciones dispuestas por sus padres y sus propias capitulaciones matrimoniales, ade-

más de contener otros contratos como el de la constitución de una sociedad familiar.

Si atendemos al sentido literal de la expresión, ésta hace referencia a un apoderamiento o, en puridad, a la transmisión de facultades para la disposición sucesoria sobre bienes ajenos. En la expresión literal (*alkar podere osoa* o *apoderamiento recíproco pleno*) no hay referencia a los derechos, –como el usufructo– que, sobre esos bienes ajenos, puedan corresponder al cónyuge cuando sea él quien reciba la facultad de disposición.

Con esto se quiere decir que puede resultar aventurado tratar de obtener conclusiones jurídicas precisas de lo que no es sino una denominación vulgar.

En el Derecho histórico, no hay disposición alguna que atribuya al cónyuge comisario el derecho de usufructo sobre el caudal del comitente, pero así se reconoció de hecho. Personalmente y durante casi cincuenta años de actividad profesional he conocido que se suscitaban cuestiones entre el viudo y el hijo a quien designó sucesor de su consorte sobre el disfrute de los bienes a partir de producida la sucesión, pero nunca he visto ni he tenido noticia de que al sucesor designado se le reconociese derecho a exigir la rendición de cuentas de la explotación familiar por el tiempo anterior al ejercicio del poder testatorio, sin duda porque se consideraba al cónyuge comisario como usufructuario de los bienes del comitente. Esta conclusión parece desprenderse también de la STS de 7 de Enero de 1959.

En cuanto a la condición del cónyuge comisario como representante de la herencia y administrador del caudal, parece consecuencia necesaria de la situación que se daba antes de que llegara a ejercitar el poder. Dado que el régimen económico del matrimonio solía ser, invariablemente, el de comunicación foral de bienes, no había bienes privativos del causante, sino que todos ellos pertenecían por mitad a la herencia del finado y al comisario, integrados en el consorcio conyugal; y por ello y porque, antes de ejercitar el poder, no existía sucesor que pudiera ostentar la

representación y administración del caudal, es natural que estas facultades las asumiera el cónyuge comisario.

En el vigente Fuero Civil de Bizkaia, el legislador ha optado por distinta solución. No hace recaer en el cónyuge, sea o no comisario, la condición de representante de la herencia del comitente y de administrador del caudal, sino con carácter subsidiario, para el caso de que el testador no hubiera designado a otra persona para ese cometido, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (arts. 40, párrafo segundo, y 105, párrafo primero). Y tampoco reconoce que el usufructo de los bienes del causante sea inherente a la condición de comisario que hubiere dado a su cónyuge, sino a falta de disposición en contrario (art. 105, párrafo segundo).

Pero entiendo que estas disposiciones de la ley no deben condicionar la denominación de *alkar poderoso*. Si el contenido de la ley debe servir para algo, no debemos olvidar que el art. 33, en su último inciso, aplica ese nombre de *alkar poderoso* al poder recíproco otorgado por cónyuges, cuya única cualidad necesaria reside en la reciprocidad.

Eso no obsta a que el *alkar poderoso* presente algunos caracteres singulares. El primero de ellos que el otorgamiento recíproco del poder puede hacerse en un solo instrumento, en el que coincidan los otorgamientos de ambos cónyuges. Y el segundo, que, además de otorgarlo bajo la forma de testamento, como ha de hacerse necesariamente cuando lo verifique el comisario no-cónyuge, el *alkar poderoso* puede también ser otorgado en escritura de capitulaciones o en la de pacto sucesorio (art. 33, párrafo segundo), en cuyo caso la escritura, dentro de su unidad instrumental, contendrá una pluralidad de otorgamientos, entre ellos el poder testatorio. Con ello no variaría la naturaleza del poder comisario conferido, sino únicamente la forma de su otorgamiento.

### **3.- LA ADJUDICACIÓN DE BIENES A SÍ MISMO, POR PARTE DEL COMISARIO.**

De la cuestión aquí enunciada trata el art. 38 de la Ley, del que, de entrada, no puede decirse que tenga una afortunada redacción.

Tiene razón el Grupo de Estudios de Derecho Foral en alarmarse por el contenido de este artículo, porque aplicado en su pura literalidad podría dar lugar a resultados escandalosos.

El comisario de un causante soltero o viudo sin hijos, que poseía una cuantiosa fortuna en la que no había bienes troncales y que tenía como únicos parientes a varios hermanos y sobrinos, podría adjudicarse íntegramente todo el caudal del comitente, sin salirse un ápice del texto literal del art. 38 de la Ley, porque todos esos bienes pudo haberle atribuido por testamento el causante, al carecer de sucesores forzosos. Por eso se impone ahondar en la interpretación del precepto, teniendo en cuenta los antecedentes históricos y legislativos y atendiendo fundamentalmente al espíritu y a la finalidad de la norma, tal como indica el art. 3 del Código Civil.

Las razones que fundamentan en el Código Civil la disposición de su art. 1057, prohibiendo al testador que pueda encomendar la simple facultad de partir la herencia a uno de los coherederos, adquieren mayor fuerza lógica cuando se piensa en que el comisario pueda disponer de la facultad de atribuirse a sí mismo todos los bienes que no deban adjudicarse necesariamente a otro sucesor. Por razón tan elemental se ha de entender que nuestra Ley Civil Foral permite sólo que la atribución de bienes que se haga a sí mismo el comisario sea la que venga fijada por voluntades ajenas a la suya –por la ley en la sucesión intestada o por el causante en su testamento–, pero en ningún caso que la atribución esté ordenada por la única voluntad del propio comisario.

Los extremos a concretar en el análisis del artículo son dos:

1) A qué comisarios se refiere; y 2) Cuál será el montante de los bienes que puede adjudicarse a sí mismo el comisario.

1) *Comisarios a quienes resulta aplicable el art. 38:*

Desde luego, no son todos, aunque los comprendidos sean los que, con abrumadora generalidad, suelen ser designados por lo común para este cargo, siendo probablemente esta la

razón de que este artículo no se haya detenido en hacer mayores precisiones.

A mi juicio, los comisarios incluidos en la permisión que hace el art. 38 para la autoadjudicación de bienes del comitente son exclusivamente: a) aquellos que, en su caso, serían sus sucesores abintestato; b) los que en testamento supletorio del causante consten instituidos en alguna porción o en determinados bienes; y c) el cónyuge.

En los tres casos, la razón de ser del precepto es la misma. Este artículo, –creo que acertadamente–, trata de salvar la colisión entre el interés personal del comisario y el cumplimiento del cometido que se le ha confiado.

Si el comisario es un pariente que, solo o con otros, sucedería abintestato al causante y no puede hacerse a sí mismo alguna adjudicación, es posible que esté inclinado, por su propio interés, a no ejercitar el poder testatorio, dejando transcurrir el término que se le concedió para hacerlo. Otro tanto podría ocurrir con el comisario que, en virtud del testamento supletorio del causante, recibiría algún bien de éste y, por contra, estuviera imposibilitado para adjudicarse ese bien al ejercitar el poder. E igual actitud podría adoptar el cónyuge comisario, a quien, si el testador no ha dispuesto lo contrario, corresponde en el régimen de comunicación foral el usufructo del caudal (art. 105, párrafo segundo), que se extinguiría cuando hiciera uso del poder.

Se trata, por tanto, en los tres supuestos, de que el comisario pueda recibir mediante el uso del poder testatorio todo aquello de lo que se vería privado al ejercitarlo.

Cierto es, como se decía al principio, que el art. 38 no menciona expresamente los supuestos a los que se aplica, pero hay razones elementales, como señala CELAYA, para excluir de su aplicación a cualesquiera otras personas que no sean las que se han expresado. En primer lugar, respecto de cualquier otro comisario –como supuesto del que se parte– no existiría en él ningún

interés personal que fuera opuesto al ejercicio del poder, por lo que no habría esa justificación de la excepcional facultad de hacerse a sí mismo adjudicación de bienes. Y en segundo término, el comisario es un depositario de la confianza del testador para un acto tan trascendental como es la distribución gratuita de todos sus bienes entre quienes pueden ser llamados a la sucesión, por lo que parece contrario a los más elementales principios de la ética que la función que le ha sido encomendada la realice en su propio y personal beneficio.

La facultad del comisario para atribuirse a sí mismo bienes del causante no se puede presumir del otorgamiento del poder testatorio a su favor, ya que la finalidad del poder (art. 32) es la de designar sucesor y distribuir los bienes –no la de autorizarle al comisario a que se apodere de éstos– y, si otra distinta a esa hubiera sido la voluntad del testador, es lógico que la hubiera manifestado cuando, precisamente, estaba otorgando un acto de última voluntad.

2) *Bienes que puede adjudicarse a sí mismo el comisario:*

El art. 38 que se comenta menciona tres grupos de bienes que el comisario se puede adjudicar: a) los “*que le pudiese haber atribuido por testamento el causante*”; b) los “*que le corresponderían en el caso de sucesión intestada*”; y c) los “*que le corresponderían ... a falta de ejercicio del poder*”.

En cuanto a los bienes comprendidos en el primer grupo, los de la letra a), se ha dicho (CELAYA, en “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”) que consisten en los que el testador le hubiere dejando al comisario en testamento. Me resulta extraña esa forma verbal (“*los bienes que le pudiese haber atribuido*”) para referirse a los que el testador tenga ya dispuestos a favor del comisario, cuando lo lógico y más inteligible hubiera sido decir en tal caso “*los bienes que le haya atribuido o que le tenga atribuidos*” el testador. Además, si en el testamento del comitente hubiera disposición a favor del comisario, a este le bastaría con aceptarla, sin necesidad de atribuirse los mismos bienes en el testamento que otorgue en su calidad de comisario.

A mi juicio, el significado de esa expresión del art. 38 es otro y la clave para su interpretación está en la remisión que el segundo párrafo hace a los arts. 62 y 64. En caso de sucesión intestada –supuesto que he recogido bajo la letra b) en el primer párrafo de este apartado–, al heredero no le corresponden bienes determinados sino una cuota sobre la masa hereditaria y, por tanto, el comisario habría de adjudicarse la cuota que le correspondiera en su calidad de sucesor legítimo. Pero este art. 38 le faculta así mismo a que, en lugar de una cuota, se adjudique, por el valor de ella, los bienes determinados que, en su caso, le pudiese haber atribuido el testador –es decir, sujetándose a las mismas limitaciones que el testador y excluyendo, por ejemplo, los bienes troncales de otra línea–, aunque para hacerlo así, y para saber si el valor del bien que se adjudique cabe dentro de su cuota, habrá de seguir el tortuoso camino que le marcan los arts. 62 y 64.

Respecto de los bienes comprendidos en los grupos que he designado bajo las letras b) y c) –“*los que le corresponderían en el caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio*”–, se ha dicho que se trata de los mismos bienes en ambos supuestos. Creo por mi parte que así será en la mayoría de los casos, especialmente cuando el poder testatorio se otorgaron los cónyuges en la misma escritura de donación y de capítulos matrimoniales, pero puede ocurrir –y no es infrecuente– que al poder testatorio se añada testamento supletorio, en cuyo caso los bienes que podría adjudicarse el comisario serían los que el testador le asignó en ese testamento.

Por último y en cuanto al cónyuge comisario, si el usufructo que le corresponda sobre los bienes de su consorte comitente se extinguiera cuando haga uso del poder testatorio (art. 105, párrafo segundo), se podrá adjudicar el usufructo vitalicio, que ostentaría de hecho a falta de ejercicio del poder.

Por tanto, el comisario se podría adjudicar:

Si es el cónyuge, el usufructo vitalicio del caudal, porque el mismo derecho disfrutaría en caso de no usar del poder, pero siempre que el testador no hubiera dispuesto otra cosa en los tér-

minos que le faculta el art. 105, párrafo segundo.

Si el comisario es otra persona que no sea el cónyuge, cabría que se adjudicara, alternativamente:

- la cuota que pudiera corresponderle en caso de sucesión intestada;

- o bienes concretos, por el valor de su cuota hereditaria, determinados según los arts. 62 y 64;

- o los bienes que en testamento supletorio le pudiera haberle atribuido el causante, si efectivamente así lo dispuso y cualquiera que sea su cuantía dentro de los límites legales.

#### **4.- EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL COMISARIO DE INVENTARIAR LOS BIENES.**

Al comisario le viene impuesta por el art. 36 de la Ley Civil Foral la obligación de inventariar los bienes y cargas de la sucesión. Sobre el modo de redactar el inventario nada dice la Ley, por lo que habrá de hacerse conforme a lo previsto para la división de la herencia.

El mismo artículo 36 dispone que el comisario dará cuenta del inventario que redacte a los presuntos sucesores, lo que puede resultar dificultoso cuando haya muchos descendientes, teniendo en cuenta que la sucesión puede recaer en los de cualquier grado (art. 54), y exigirá del comisario una laboriosa actividad, en franco contraste con la gratuidad de su cargo.

Llama la atención que esta obligación legal incida única y exclusivamente sobre el comisario.

Bien es cierto que el comisario, para cumplir su cometido, ha de conocer cuáles son los bienes que integran el caudal y las cargas que pesan sobre ellos o las obligaciones a cuyo cumplimiento pueden estar sujetos esos bienes. También es importante que quienes pueden ser llamados a la sucesión sepan cuáles son los bienes que el comisario ha incluido en el inventario, al objeto de que puedan promover, en su caso, las rectificaciones que consideren oportuno.

tunas, añadiendo bienes omitidos, excluyendo los indebidamente inventariados o haciendo constar o cancelando las cargas que les afecten o las obligaciones que se hagan pesar sobre el caudal.

Sin embargo, no cabe olvidar que la función que corresponde al comisario –descrita en el art. 32 de la Ley– no lleva aneja la administración de los bienes del causante. Basta con ver que el art. 40 atribuye la administración, en primer término a quien estuviere designado en el testamento para ese cometido, en segundo lugar al cónyuge viudo –igual se dispone en el régimen de comunicación (art. 105)– y sólo en último término y a falta de cónyuge, al comisario.

El Código Civil habla de la administración de la herencia al regular el beneficio de inventario y el derecho de deliberar, para remitirse (art. 1020) a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, la citada Ley Procesal, al tratar de la administración del caudal en el proceso sobre división de la herencia, dice (art. 797.1) que al administrador se le pondrá en posesión del cargo, lo que implica la posesión de los bienes de la herencia en la misma condición –mediata o inmediata, por sí o por otro– en que la tenía el causante.

Por tal motivo, si el comisario no ha recibido la administración de los bienes y no ha entrado en posesión de ellos, podría presentársele alguna dificultad para el cumplimiento de su obligación de inventariar, singularmente en cuanto al numerario, valores mobiliarios, créditos no garantizados con cargas inscribibles, muebles, etc.

De ahí que diga CELAYA, con sobrada razón, que, cuando el comisario no sea administrador, es evidente que necesitará la colaboración de quien ejerce esta función.

El contenido de la operación a realizar por el comisario, –con el necesario auxilio del administrador–, consistirá en inventariar los bienes y el pasivo de la herencia, sin necesidad de valorar aquellos. El art. 36 no requiere que verifique el avalúo y, ade-

más, es lógico que no lo haga por resultar innecesario, dada la libertad foral que el testador tenía y que ahora recibe el comisario para distribuir los bienes como entienda conveniente entre los presuntos sucesores, sin olvidar también que, pudiendo mediar largo tiempo entre el inventario y la disposición de los bienes, la valoración de éstos fácilmente podría quedar desequilibrada.

Esto último no obsta a que el testador pueda haber hecho constar en el poder testatorio –que no es una forma de testamento, sino un modo de testar– una determinada disposición, que requiera determinar el valor de todos o algunos bienes y a cuyo cumplimiento deberá sujetarse el comisario. Puede haber establecido, por ejemplo, que sus fincas rústicas se adjudiquen, previa su división y por igual, a algunos concretos de sus hijos, encomendando al comisario que lo haga así, con lo que, para una distribución equitativa, sería imprescindible que éste procediera a la valoración de esas fincas, pero en tal caso la misión encargada no sería la propia del poder testatorio sino la de un contador partidor.

Como dice CELAYA, si el comisario incumpliera el deber de redactar inventario de los bienes del causante, la ley no le impone sanción alguna, pero los presuntos herederos podrán exigirselo judicialmente.

También habría de ser el cauce judicial el que se siguiera para introducir modificaciones en el inventario redactado por el comisario, salvo que hubiera acuerdo para hacerlo.

Para estos procedimientos judiciales estarían legitimados activamente los presuntos sucesores. En principio, parece resultar extraño que se le pueda reconocer esa legitimación a quien, por el momento, no puede acreditar un interés actual en la sucesión, hasta tanto el comisario haya hecho las correspondientes disposiciones en uso del poder, e incluso podría ser que nunca llegara a ostentar ese interés si en definitiva es apartado de la sucesión de todos y cada uno de los bienes dispuestos, pero lo establecido en el art. 36, que otorga a todos los presuntos sucesores el derecho a recibir cuenta del inventario realizado, les concede sin duda esa legitimación.

Respecto de la legitimación pasiva, recae en el comisario, por ser el legalmente obligado a la redacción del inventario. Pero entiendo que, además, debería ser demandado el administrador, si fuera persona distinta del comisario, por ser él quien representa a la herencia, como se desprende de lo dispuesto en el art. 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y quien se halla en posesión de sus bienes. Y desde luego, la reclamación habría de dirigirse también frente a todos los demás presuntos sucesores, dado su interés en el asunto, como consecuencia lógica de la legitimación que la ley les concede para el conocimiento del inventario.

Si se tratara de formular contra tercero una reclamación judicial relativa a los bienes del caudal, estaría legitimado activamente el cónyuge viudo, cuando el bien de que se trate pertenezca a una comunidad o sociedad por cuyo régimen se rija la economía familiar, –entre ellos, el de comunicación foral o el de gananciales–, o cuando le corresponda el usufructo universal o sobre una cuota de los bienes; y juntamente con él lo estaría el administrador de la herencia del causante –según el citado art. 798 de la LEC–.

Si llegaran a introducirse modificaciones en el inventario redactado inicialmente, bien se hubieran producido por aceptarlas el comisario o bien por resolución judicial, entiendo que el inventario modificado deberá ser puesto de nuevo en conocimiento de los presuntos sucesores, porque el interés de éstos consiste en conocer cuáles son en definitiva los bienes que integran el caudal, lo que hará todavía más engorrosa la labor del comisario.

Por estos motivos, considero que hubiera sido más acertado conceder a los presuntos sucesores la facultad de solicitar del comisario que les diera traslado del inventario que redactó, ya que su interés en el asunto justifica que se haga recaer en ellos esa diligencia.

Sobre la liberación al comisario de esta obligación de hacer inventario de los bienes del causante, concuerdo con CELAYA en que no puede ser dispuesta por el testador, dado el carácter imperativo de la norma, además de que ésta se halla establecida en beneficio de terceros, como son los presuntos sucesores.

Lo factible para el testador es que hubiera hecho por sí mismo el inventario de sus bienes, en cuyo supuesto el comisario podría limitarse simplemente a trasladarlo a los presuntos sucesores, si bien subsistiendo en todo caso su deber de rectificar cualquier defecto que advierta por sí mismo o que le sea puesto de manifiesto por los interesados, por inclusión o por exclusión indebidas de un bien.

Finalmente, es indudable que los presuntos sucesores podrían dispensar al comisario de la redacción del inventario, aunque para que resultara eficaz habrían de adoptar esa decisión todos ellos conjuntamente.

## **5.- DOS APUNTES SOBRE LA CAPACIDAD DEL COMISARIO Y LA DEL SUCESOR DESIGNADO.**

El art. 34 de la Ley Civil Foral trata de resolver la cuestión de la capacidad tanto del comisario como del sucesor designado, pero refiriéndose únicamente al aspecto temporal, es decir, al momento en que el sujeto del que trata, –comisario o sucesor–, debe reunir esa capacidad. No entra el artículo en las condiciones o en los requisitos necesarios para que esa capacidad les sea reconocida, por lo que en estas materias se habrá de estar a lo que dispone la legislación supletoria.

El problema que resuelve este artículo viene planteado por la circunstancia de que, en caso de que rija poder testatorio, no coinciden en el tiempo la apertura de la sucesión, la vigencia de la disposición sucesoria sobre los bienes y la adquisición por parte del sucesor de los derechos que el causante tenía y no se hayan extinguido por su muerte. Esta diversidad en los momentos clave de la sucesión por causa de muerte incide o puede incidir en la capacidad de los sujetos que intervienen en ella.

La materia indicada ha sido objeto de acertados comentarios por parte de GIMENO –Javier– (*El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992. Capítulo III*), por lo que me atenderé aquí tan sólo a dos cuestiones: la del momento en que el comisario ha de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar y las posibles

consecuencias del momento en que el sucesor ha de tener capacidad para suceder.

A) *Cuándo debe tener el comisario capacidad para el acto a realizar*

El art. 34 de la Ley Civil Foral dispone a este respecto que debe tener esa capacidad *“al tiempo de ejercitar el poder testatorio”*.

Entendido el artículo por lo que expresamente dice y prescindiendo de lo que calla, habría que concluir que es indiferente el estado de capacidad del comisario durante todo el tiempo anterior al ejercicio del poder.

El problema que deriva de esa interpretación del art. 34 está latente en la opinión de CELAYA, secundado por OLEAGA –Javier-, y cuyos criterios puedo decir desde ahora que comparto, cuando situaban en la fecha de la muerte del comitente el momento en que el comisario debe tener capacidad *“pues no es concebible un tiempo muerto en una situación de total incertidumbre”*, sin omitir, desde luego, que esa capacidad debe subsistir cuando el comisario haga uso del poder.

Por su parte GIMENO –M. Javier-, acogiéndose de la opinión de ASTORQUI, acepta la solución de que *“basta con que la tenga cuando ejercita el poder testatorio”*.

Que el art. 34 diga que el comisario habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar *“al tiempo de ejercitar el poder testatorio”* no es contradictorio con que se exija también esa capacidad en el momento en que fallece el comitente.

Sabido es que en Bizkaia –me atengo a la grafía que emplea la Ley Civil Foral– la sucesión en los bienes se dispone no sólo por actos *mortis causa*, sino también –y en otros tiempos, más frecuentemente– por contratos *inter vivos*. Lo que a la Ley le interesa en este artículo es establecer que el comisario, al tiem-

po de ejercitar el poder testatorio, deberá tener la capacidad necesaria según sea la naturaleza del acto que va a realizar.

Se da por supuesto que, al hablar de la capacidad del comisario, se reconoce que la tenga el menor emancipado, como entiende GIMENO –M. Javier–.

Si se opina que las condiciones de capacidad del comisario hay que referirlas exclusivamente al momento de ejercitar el poder, prescindiendo de la que tuviera a la fecha en que asumió el cargo, habría que admitir la validez del nombramiento hecho al menor no emancipado, siempre que el plazo señalado por el comitente para usar del poder testatorio le permita alcanzar la mayoría de edad antes de que finalice. De este modo, partiendo de que puede ser aceptable la fijación de un plazo de diez años para el ejercicio del poder, podría ser designado comisario un niño de ocho años, lo que, sin necesidad de mayores razonamientos, parece inaceptable.

Esto no obstante, cabría admitir –aunque no sin algún género de objeción doctrinal– que el testador designara como su comisario al que fuera menor de edad en la fecha en que se otorgó el poder testatorio, siempre que el nombramiento estuviera condicionado a que hubiera adquirido capacidad de obrar a la fecha del fallecimiento del causante, que es cuando asume las funciones cometidas. E incluso pienso que cabría aceptar el nombramiento del menor sin esa condición expresa, entendiéndola implícita por aplicación del *favor testamenti*, de modo que no necesariamente se provocara la nulidad de la institución de comisario.

Sin embargo y sin desconocer las facultades que tiene el testador sobre el nombramiento de comisario, considero que habrían de ser entendidas restrictivamente aquellas determinaciones que carezcan de otro fundamento que sus veleidades.

Para interpretar correctamente toda la materia relativa al poder testatorio, creo que nunca debe perderse de vista el interés de los presuntos sucesores forzosos –compaginado en su caso con el interés del cónyuge comisario–, para deducir si la interpretación que en cada caso concreto se pretenda contraría ese interés.

En el caso que se comenta, el testador puede conceder al comisario un plazo para que ejercite el poder testatorio, pero entiendo que no está facultado para imponer, a partir de su propia muerte, un vacío en el ejercicio del poder. El comisario ha de poder usar del poder en cualquier momento del plazo que se le ha concedido y el comitente carece de la facultad de establecer un impedimento para que aquel no pueda utilizar el poder durante un tiempo. Pues bien; este resultado, que considero rechazable, es el que se produciría cuando el nombramiento recaiga en quien carezca de la capacidad necesaria en el momento en que se abra la sucesión.

Más aún; el cumplimiento de los deberes que la ley impone al comisario, tales como el de redactar inventario de cuanto integra el activo y el pasivo del caudal (art. 36), los inherentes a la representación y administración de los bienes (art. 40), la satisfacción del derecho de alimentos (art. 41) o la incoación del procedimiento para constituir la tutela o la curatela (art. 42), funciones todas ellas cuya realización no admite dilaciones, está en contradicción con la inactividad temporal que provocaría la falta de capacidad del comisario al abrirse la sucesión.

Y finalmente, si entre los caracteres que justifican el poder testatorio desde un punto de vista dogmático está la confianza que el comitente deposita en el comisario por las cualidades y aptitudes de éste para cumplir tan importante cometido, difícilmente podría explicarse esa confianza con quien no tiene edad suficiente para que sus condiciones personales le puedan ser valoradas.

B) *Una consecuencia del momento señalado para que el sucesor deba ser capaz*

El mismo art. 34 dispone, respecto de la capacidad del sucesor designado, que habrá de tenerla “*en el momento de dicho ejercicio (del poder testatorio), o en la fecha del fallecimiento del causante*”.

Las condiciones de capacidad para ser designado sucesor las refiere la ley, alternativamente, a dos momentos distintos, con

lo que está diciendo que, dándose las condiciones en uno de esos momentos, nada importa que no se den en el otro. Y diría más; y es que la ley está suponiendo que esas condiciones de capacidad que existen en uno de los momentos previstos, no concurren en el otro, porque, de no partir de esa suposición, estaría de sobra la alternativa que se establece.

Si el designado es capaz para suceder cuando se ejercita el poder testatorio, no importa que no lo fuera al fallecer el causante y, por tanto, puede ser designado sucesor, como dice GIMENO, aquel que no estaba concebido al tiempo de la defunción del comitente, pero lo ha sido antes de que el comisario haga la designación.

En relación con los dos supuestos de esta norma, comenta GIMENO con detenimiento, en la publicación antes citada, el problema de la indignidad para suceder, por lo que solamente voy a referirme aquí a la cuestión de si el comisario puede hacer que la sucesión recaiga en aquel que, viviendo en la fecha de defunción del causante, falleció antes de que el poder fuera ejercitado, problema éste que no he visto comentado.

Atendiendo al texto del art. 34, no creo que sus términos, por violento que en principio pueda parecer el resultado, permitan ser interpretados de otra manera que la de admitir una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. Si es suficiente que el sucesor designado haya tenido capacidad en la fecha del fallecimiento del causante, el comisario podrá nombrar sucesor aquel que hubiera fallecido con posterioridad al comitente, aunque haya sido antes de la designación. Por ello, se impone buscar una explicación a lo dispuesto por el discutido art. 34.

En un sistema como el del Código Civil, en el que la defunción del causante, la apertura de su sucesión y la vocación y la delación hereditaria –supuesto que estas últimas sean cosas distintas– son sincrónicas, no puede tener un encaje preciso la situación que se produce con el poder testatorio de la Ley Civil Foral, en la cual la sincronía existe entre el fallecimiento del comitente, la apertura de la sucesión, la vocación hereditaria y la vigencia del

poder comisario, pero quedando pendiente la delación por no haber sucesor designado.

En la legislación general, la sucesión en los derechos y obligaciones del causante está originada por el hecho de su muerte (art. 661 CC) y desde que ésta se produce se adquiere el derecho a suceder (art. 657 CC), pero la adquisición de los bienes integrantes del caudal no tiene lugar sino a partir de la aceptación –expresa o tácita– del heredero, que es un acto voluntario y libre (art. 988 CC) y que suele llevarse a cabo después de un tiempo, mayor o menor, desde de la muerte del causante. En consecuencia, se da un inevitable desajuste temporal entre la extinción de la personalidad del causante (art. 32 CC) y la aceptación de su herencia por parte del sucesor, que se requiere para que éste adquiera los derechos y obligaciones del fallecido.

Como la aceptación es un hecho que se ha producido en el tiempo y momento en que ha tenido lugar y no puede decirse con verdad que se ha causado en otro momento anterior, en puridad el resultado lógico sería que el patrimonio del causante ha carecido de titular en el período que media entre la muerte de éste y la aceptación de su herencia, pero la ley salva el problema retrotrayendo al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 989 CC), no el hecho de la aceptación –que no cabe hacerlo–, sino sus efectos.

Como se ve, la respuesta de la ley a las cuestiones que se plantean no siempre consiste en la deducción que cabría obtener a través de un puro y ordenado proceso lógico, sino en adoptar una solución práctica que resuelva la situación originada.

Pues una situación así es la que se origina en el caso de la designación de sucesor que se comenta.

Fallecido el causante, su comisario resuelve usar del poder haciendo la designación de sucesor –en todos los bienes o en parte de ellos– a favor de uno de sus parientes, pero ocurre que antes de haber hecho el nombramiento se produce la muerte del sucesor elegido.

Planteada la cuestión sobre si el comisario podrá en ese caso llevar a cabo la designación que tenía meditada, una respuesta improvisada y en términos crudos sería la de que no es posible que pueda nombrar heredero a un muerto. Pero en el sistema de nuestra Ley Civil Foral, la solución dada por el art. 34 supera esa respuesta.

Cuando el comisario hace uso del poder testatorio, el hecho de que el poder ha sido ejercitado en una fecha determinada es inmovible. Ejercitó el poder cuando lo hizo. Pero lo que la ley hace, al permitir esa designación, es que los efectos del nombramiento de sucesor –no el hecho del nombramiento, sino sus efectos– se retrotraigan en este caso al momento en que vivía el nombrado, con lo cual, por virtud de la solución legal de retroactividad de esos efectos, se designó a quien podía serlo.

En los términos expresados es como considero que debe ser interpretado el párrafo segundo del art. 34 de la Ley Civil Foral. Según se opte por referir la capacidad del sucesor al momento del fallecimiento del causante o al momento de ejercitar el poder testatorio, como facultativamente permite el precepto, se producirán los efectos de la designación retroactivamente a la fecha de la defunción, en el primer caso, o a la del ejercicio del poder, en el segundo.

En el supuesto del que ahora tratamos, el hecho de que la Ley Civil Foral, tal como lo hace, opere con el juego de la retroactividad de los efectos de la delación, para hacer posible que el comisario designe como sucesor del comitente a quien tenía capacidad para sucederle cuando murió aquel, parece una opción perfectamente válida.

Dado que el sucesor nombrado no puede aceptar su designación, estarán facultados para hacerla sus herederos, en términos análogos a los que se producen en la legislación general cuando muere el heredero sin haber llegado a aceptar la herencia (art. 1006 CC).

En algún supuesto, el caso comentado puede tener clara aplicación práctica. Por fallecimiento, bajo poder testatorio, de una persona que carece de descendientes y de ascendientes, la sucesión en los bienes troncales corresponde a los colaterales que pertenecen a la línea de donde los bienes proceden. El comisario considera, por diversas razones, la conveniencia de que la sucesión en determinado bien troncal pase a una familia, cuyo cabeza es primo hermano del comitente y quien puede ser designado sucesor por ser pariente en cuarto grado de consanguinidad con el causante, pero ocurre el fallecimiento del elegido antes del ejercicio del poder testatorio y sus hijos no podrían ya ser nombrados, porque siendo parientes del comitente en quinto grado carecen de la condición de tronqueros. El uso, en este caso, de la posibilidad que admite el art. 34 de la Ley Civil Foral permitiría salvar la situación.

***Julián M.<sup>a</sup> Arzanegui Sarricolea***

## **FISCALIDAD DEL PODER TESTATORIO**



Dña. Lourdes Zubero, Jefe del Impuesto sobre sucesiones de la Hacienda Foral de Bizkaia.

Una vez más nos reunimos para recordar la fiscalidad del Poder Testatorio.

Con la aprobación de la Norma Foral 7/2002, de Adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco, publicada el 29 de Octubre de 2002 y que entró en vigor el mismo día de su publicación, con efectos desde el 1 de Enero de 2003, se ha contemplado la fiscalidad de las distintas instituciones forales, entre ellas el Poder Testatorio.

La existencia de una regulación fiscal del Poder Testatorio ha contribuido a que el conocimiento sobre el mismo, así como su uso se hayan ampliado y ha generado una mayor seguridad jurídica para el contribuyente, ya que está amparado por una normativa y no depende de los distintos criterios de interpretación que se generaban anteriormente por la Administración a la hora de aplicar la normativa fiscal en esta y otras instituciones forales.

Voy a referirme a tres cuestiones a lo largo de mi exposición:

1ª.- El Poder Testatorio en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2ª.- Las Herencias pendientes de ejercicio de Poder testatorio en IRPF e IP y

3ª.- Las obligaciones que se derivan para el Comisario y para el Administrador de la Herencia así como a los Notarios y Registradores.

## **1.- EL PODER TESTATORIO EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.**

Cuando la Norma Foral y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones hablan del Hecho Imponible establecen : “Constituye el hecho imponible la adquisición de bienes, derechos por herencia, legado ó cualquier otro título sucesorio” y añaden:

“Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto:

d) los actos que resulten de la utilización del poder testatorio por el comisario, cualquiera que sea la forma que adopten (inter-vivos o mortis causa).”

No importa, pues, que se ejercite el poder testatorio por un acto inter-vivos, como pudiera ser una donación. El punto de conexión para ver la normativa aplicable es la residencia del causante, y no si se trata de un bien mueble o un bien inmueble como en las donaciones , ya que ese ejercicio es un título sucesorio. Por

idéntica razón cuando se presente en Hacienda a liquidar el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se procederá a rellenar un modelo 650 donde el causante será el otorgante del poder testatorio y no rellenaremos un 651 siendo el donante el comisario. El comisario está ejercitando unas facultades que el testador le ha otorgado. Se reconoce así desde un punto de vista fiscal, la auténtica categoría jurídica que desde el punto de vista civil tiene el poder testatorio.

Me gustaría hacer hincapié en que el poder testatorio otorga al comisario unas facultades que son *PERSONALÍSIMAS E INTRASFERIBLES*, es decir, que no cabe dar por parte del comisario un poder, por muy especial que sea, a una tercera persona, para que ejercite el Poder testatorio en su lugar. Es decir, que no se puede delegar el ejercicio del poder testatorio mediante ningún tipo de poder.

Donde radica la singularidad del poder testatorio con relación a otros modos de testar fiscalmente hablando, va a ser en el DEVENGO y como consecuencia de ello en la VALORACIÓN de los bienes.

El artículo 23 de la Norma y el 65 del Reglamento de Sucesiones y Donaciones establecen: “En las adquisiciones por causa de muerte, el Impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante”. Esta es la regla general; pero además añaden que “en las herencias que se defieran por alkar-poderoso o poder testatorio, el Impuesto se devengará cuando se haga uso del poder con carácter irrevocable o se produzcan alguna de las causas de extinción del mismo,” como pudieran ser entre otras, la finalización del plazo, fallecimiento, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al comisario...

¿Qué implica ese DEVENGO?. Que la normativa a aplicar en la sucesión, será la vigente en el momento del devengo y no la del momento del fallecimiento.

Nos vamos a encontrar con distintas situaciones:

A) Que el causante fuere Vizcaíno aforado

a) El causante llevaba residiendo en Bizkaia cinco años ó más con anterioridad al fallecimiento. La normativa a aplicar en la sucesión será la del Territorio Histórico de Bizkaia, independientemente de cuándo se ejerza el poder o de que éste se ejerza en varios momentos; lo único que puede pasar es que la normativa se modifique y en cada ejercicio de poder se aplicará la vigente en ese momento.

Si el comisario fuere usufructuario, como el usufructo se devenga el día del fallecimiento del causante, también será de aplicación la normativa de Bizkaia.

b) El causante no llevaba residiendo en Bizkaia los cinco años anteriores al fallecimiento. Lo que sí es claro es que llevaba más de dos años y había manifestado de forma expresa que se acogía a la condición de aforado. En este supuesto dependerá de cuándo ejerza el comisario el poder, para saber que normativa va a ser de aplicación. Si espera hasta completar los cinco años de residencia que le hacen falta al causante para aplicar la normativa de Bizkaia, será esta la aplicable; de lo contrario, si ejerce el poder sin que hayan transcurrido esos cinco años, será de aplicación la normativa de territorio de régimen común o la de la Comunidad Autónoma correspondiente. Es decir, que va a ser relevante el período de tiempo que haya transcurrido desde que el causante vino a residir a Bizkaia hasta el momento en que se ejercite el poder testatorio. Podríamos decir que, de alguna manera, *el comisario puede ganar residencia a favor del causante.*

Si hubiere comisario usufructuario, en cualquier caso sería de aplicación la normativa de territorio de régimen común ó la de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Con respecto a los diferentes usos del poder, unos podrían estar bajo normativa de territorio de régimen

común y otros bajo normativa de territorio Histórico de Bizkaia.

B) Que el causante fallezca siendo vizcaíno no aforado. En este supuesto se practicarán dos liquidaciones:

a) Una INMEDIATAMENTE al fallecimiento, sobre la parte de herencia no afectada por el poder ó al menos sobre la legítima estricta y,

b) Otra/s cuando se ejercite el poder testatorio, en que al igual que en los supuestos anteriores, la normativa aplicable estará en función de los años que llevara el causante residiendo en Bizkaia, o de si el comisario esperase o no el tiempo necesario para completar la residencia del causante.

La VALORACION de los bienes habrá de hacerse *al momento del devengo*. En cada ejercicio del poder se valorarán los bienes conforme al valor real en dicho momento, y ese valor y esa fecha de adquisición serán el valor y la fecha de adquisición a tener en cuenta para cualquier posterior transmisión inter-vivos ó mortis causa que tuviera lugar.

En todo caso, en las herencias que se defieran por poder testatorio, se acumularán todas las adquisiciones que concurren en un mismo sucesor a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Es decir, que si hay varias adquisiciones hereditarias como consecuencia de ejercicios parciales del poder testatoto, siempre que concurren en un mismo. sucesor, se entenderán como una única adquisición y *se sumarán a los efectos de la liquidación del Impuesto todas las bases imponibles*; y como consecuencia, las reducciones por razón de parentesco sólo se aplicaran una vez. Además, las cuotas satisfechas con anterioridad por las liquidaciones acumuladas, serán deducibles de la liquidación que se practique como consecuencia de dicha acumulación.

## **2.- LAS HERENCIAS PENDIENTES DE EJERCICIO DE PODER TESTATORIO EN IRPF E IP.**

En primer lugar, me gustaría dejar claro que las herencias pendientes de ejercicio de Poder Testatorio, *no son herencias yacentes*, ya que en éstas los herederos están determinados, pero no han procedido todavía al reparto de la herencia, mientras que en las herencias pendientes de ejercicio de poder testatorio, no se ha efectuado todavía la designación de herederos. Al no existir designación de herederos, en IRPF y en IP, ¿quién declara? ¿quién es el sujeto pasivo, ya que los bienes y derechos que componen la herencia no tienen titular?.

Con respecto al IRPF, el problema no es tan alarmante, ya que la mayor parte de los poderes testatorios otorgan al cónyuge comisario el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia por lo que éste al hacer la declaración de IRPF declarará junto con los rendimientos de sus propios bienes, los rendimientos obtenidos de la herencia. Otra cuestión sería que el cónyuge comisario sólo tuviera el usufructo sobre la mitad de los bienes de la herencia (legal), ó que el comisario al no ser el cónyuge, el testador no le hubiere atribuido el usufructo. Ante esta situación la Norma Foral 7/2002, determinó que será sujeto pasivo de las herencias pendientes de ejercicio de poder testatorio en IRPF y en IP, la propia HERENCIA.

Ahora bien, este régimen especial dentro de la normativa del IRPF, sólo se aplicará en el caso de que el causante de la herencia hubiere tenido su residencia habitual en Bizkaia en el momento del fallecimiento. Si bien el régimen fiscal de estas herencias pendientes de ejercicio de poder testatorio respeta las normas generales del impuesto, contiene algunas peculiaridades como son:

Los rendimientos de actividades económicas se imputan a la herencia según su propia naturaleza, aunque, como es obvio, la herencia no dirija personalmente la actividad económica

Estarán exentas las ganancias o pérdidas de patrimonio que tengan lugar por la transmisión de bienes o derechos que no implique el DEVENGO del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ej.: venta de valores para hacer frente al pago del Impuesto de Patrimonio, una expropiación....

También estarán exentos los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

De la Base Imponible general, sólo podrá deducirse la reducción por anualidades por alimentos con cargo a la herencia pendiente del uso del poder.

No se podrán practicar las deducciones familiares o de inversión en vivienda habitual

La base liquidable negativa y las deducciones de la cuota no practicadas por insuficiencia de cuota, sólo se podrán compensar con las condiciones y plazos generales, mientras exista la herencia pendiente de ejercicio de poder testatorio.

El período impositivo será inferior al año natural en aquel ejercicio en que se repartan todos los bienes de la herencia.

La obligación de pago del tributo corresponde a la herencia.

La herencia deberá practicar las retenciones y los pagos a cuenta oportunos, y por último,

La herencia está obligada, a la presentación de la declaración de IRPF como un contribuyente más, mediante el método de autoliquidación.

Con respecto al Impuesto de Patrimonio, el problema radica en la titularidad indeterminada de los bienes. Si se ha constituido la comunidad de bienes a que hace referencia el artículo 104 de la Ley 3/92, una vez disuelta la comunicación foral de bienes y habiendo una herencia pendiente de ejercicio de poder testatorio, se deberán imputar los bienes de la comunidad en dos mitades: una para el cónyuge y otra para la herencia. Con respecto a esta segunda mitad si hay un derecho de usufructo sobre los bienes de la herencia, el usufructuario deberá tributar por su usufructo y será la herencia la que deba tributar por la nuda propiedad o sobre los bienes sobre los cuales no se haya constituido usufructo alguno. Al igual que en IRPF, la herencia será la obligada al pago del impuesto.

### **3.- OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN PARA EL COMISARIO, ADMINISTRADOR, NOTARIOS Y REGISTRADORES.**

#### COMISARIO.

Ha de presentar un inventario de bienes y derechos debidamente detallado y valorado *dentro del año siguiente al fallecimiento* del causante; así mismo, en el *plazo de un mes contado a partir de la fecha en que se haga uso parcial ó total* del poder testatorio con carácter irrevocable ó se produzca alguna de las demás causas de extinción del mismo, deberá comunicarlo a la Administración.

#### ADMINISTRADOR.

Deberá cumplir las obligaciones formales y materiales *en materia de IRPF e IP*, resultando además responsable subsidiario del pago del impuesto.

#### NOTARIOS.

Los Notarios estarán obligados a remitir a la Diputación Foral, dentro de la primera quincena de cada mes, *relación de los testamentos* que hayan autorizado durante el mes inmediato anterior en los que se haya producido el ejercicio con carácter irrevocable de un poder testatorio por parte del comisario, incluso cuando el ejercicio se produzca en el propio testamento del comisario, y además, en los documentos que autoricen, harán *constar la advertencia de que los bienes quedan afectos al pago de las cuotas del IRPF y del IP* .

#### REGISTRADORES.

Harán constar mediante nota marginal, *la afectación de los bienes al pago de las cuotas del IRPF y del IP* devengadas con anterioridad a la transmisión de ese bien.

Para terminar, quiero decir que la NF 7/2002 ha tratado de abarcar toda la fiscalidad de las instituciones forales, y que su elaboración fue una tarea compleja, pero se hizo con el ánimo de

cubrir un vacío legal que generaba grandes problemas; ahora bien, ya en funcionamiento, se han detectado algunas lagunas, que desde la Administración intentaremos ir salvando, y os invito a todos a que hagais cuantas sugerencias considereis oportunas para la buena marcha, tanto fiscal como civil, de las instituciones forales, fomentando así el uso de las mismas. Muchas gracias.

***Lourdes Zubero Olaechea***



# **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 831<sup>1</sup>, como en la Ley Tercera<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> <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>

<sup>2</sup> 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<sup>o</sup>. 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<sup>o</sup>. 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.**



# **EL PODER TESTATORIO: UN INSTRUMENTO EFICAZ PARA LA ORDENACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR.**



D. José Miguel Gorostiza, abogado

Debo agradecer a los organizadores de esta Jornada sobre Derecho Sucesorio la oportunidad de presentar esta Comunicación y contribuir, con todos los demás ponentes y comunicantes, a conocer mejor su actual regulación, tanto en la norma-

tiva común como en la foral, en especial todo lo relativo al Poder Testatorio y el Testamento por Comisario. A continuación, realizaremos una aproximación a esta Institución.

## **1.- EL PODER TESTATORIO**

El poder testatorio es, formalmente, una delegación para testar. Podemos afirmar que se trata de una de las Instituciones más características del Derecho Vizcaíno mediante la cual se permite al testador aplazar sus decisiones referidas a la elección de heredero, nombrando un comisario, que por lo general es el cónyuge, para que después de su muerte adopte las decisiones más adecuadas, eligiendo al mejor sucesor.

Como consecuencia de ello, el testamento por comisario será aquel que otorgue una persona (el comisario) en nombre de otra ya fallecida (el comitente), en virtud del poder para testar que ésta le confirió.

Por lo tanto, el llamamiento a la sucesión se integra en este caso por dos actos que debemos distinguir claramente:

El poder testatorio, que es un acto del causante o comitente por el que autoriza a otra persona para que disponga de su patrimonio tras su fallecimiento, y el testamento por comisario, que es un acto posterior que lleva a cabo el comisario designado, haciendo uso del poder que se le ha otorgado y que constituye el auténtico y definitivo acto de disposición sobre un patrimonio determinado.

El Libro Primero de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, dedicado al Fuero Civil de Bizkaia, establece en su artículo 32:

*“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.”*

Este nombramiento de comisario habrá de hacerse en testamento ante Notario y en el caso de que se lleve a cabo de forma recíproca entre los cónyuges, podrá realizarse también en escritura de capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio, siendo conocido como poder testatorio “*alkar poderoso*”, según recoge el artículo 33 de dicha Ley 3/1992.

La justificación de esta regulación se encuentra en el hecho de que los poderes testatorios que se otorgan en Bizkaia hay que entenderlos como una manifestación del principio de libertad civil, donde siempre se ha preferido la elección por el causante de una persona de su confianza para que tome las decisiones que él ahora prefiere aplazar, frente a la posición de la doctrina contraria que prefería aplicar para estos supuestos la sucesión intestada prevista por el legislador.

En nuestro Derecho, el testador relega la elección de sucesor y distribución de los bienes a un momento futuro ya que ignora cuál va a ser su situación familiar o personal, si va a tener hijos o no, qué necesidades tendrá que atender y cuál es la mejor elección de sucesor para su patrimonio familiar. Además, cuando se otorga entre cónyuges viene a garantizar al viudo una sólida posición frente a los herederos ya que le instituye como usufructuario poderoso, lo que le permite disfrutar de todos los bienes del caudal hereditario mientras no disponga de ellos.

## **2.- ANTECEDENTES LEGALES**

Si partimos de señalar que el Derecho Romano prohibía el testamento por comisario (Ley 32, Título IV, Libro XXVIII del Digesto) y que las Partidas, de 1265, siguieron el mismo criterio prohibitivo (Ley 11, Título III, Partida IV), quizás podamos encontrar ciertos paralelismos entre el Fuero Real, de 1255 (Ley 7, Título V, Libro III) y el capítulo 127 del Fuero Viejo de Bizkaia, de 1452. Este último decía así:

*“Otrosí por quanto acaece muchas veces que algunos homes é mujeres non pueden ordenar sus testamentos é mandas,*

*o aunque puedan no quisieren declarar su postrimera voluntad para facer sus testamentos, é establecen herederos, é dan poder a otros sus parientes é amigos, é los maridos a las mujeres, é las mujeres a sus maridos para que después de su muerte en su logar puedan facer mandas é testamento, é para dar, distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles é raíces, como quisieren é por bien tuvieren, é es duda si el tal poderío, é lo que por virtud de él fuere mandado, después de la muerte del testador debe valer o non, é queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecían, que cuando quier que algunos home o mujer dieren tal poderío a algunos, ó el marido a la mujer, ó la mujer al marido, vala todo lo que por los tales que ansí fuere dado tal poderío, fuere hecho é ordenado é mandado, ansí como si el testador mesmo en su vida hubiese fecho é ordenado.”*

Pero era la costumbre en Bizkaia la que daba a los poderes testatorios una importancia y arraigo que no se encuentra en otros territorios forales.

En 1.505, las Leyes promulgadas en las Cortes de Toro lo recogen en las Leyes 31 a 39.

Por su parte, el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, a su vez recogiendo la influencia de las Leyes de Toro, regula el testamento por comisario en su Ley 3<sup>a</sup> del Título XXI y dice:

*“De los Comisarios y cómo pueden elegir heredero. Otrosí dijeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre y establecían por Ley, ...”*

La limitación que aquí se establecía en los efectos del poder testatorio frente a la anterior redacción del Fuero Viejo, fue superada en la práctica por la costumbre que generalizó su uso, siendo habitual la cláusula de prórroga de los poderes e incluso de forma indefinida cuando se trata de los otorgados entre cónyuges, ya que así se garantizaba la consecución de los fines de esta Institución: la elección del mejor sucesor, en el momento adecuado, y la transmisión íntegra del patrimonio familiar.

La Novísima Recopilación de 1805 continuó con los criterios recogidos en las Leyes de Toro, regulando en las Leyes 1 y siguientes, del Título 19, Libro 10, esta Institución que finalmente fue rechazada y prohibida por el movimiento codificador, hasta la actualidad, tal y como se refleja en el artículo 670 del Código Civil:

*“El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.”*

No obstante, se observa cierta tendencia favorable a dicha modalidad testamentaria reflejada en las reformas del artículo 831 del Código Civil (Ley 11/1981, de 13 de mayo, ... Ley 41/2003, de 18 de noviembre) y en el artículo 23 de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Agraria y de los Jóvenes Agricultores, creando una figura cercana al testamento por comisario de los ordenamientos forales.

En la actualidad, la Ley del Parlamento Vasco 3/1.992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, aprobada en aplicación de la competencia legislativa derivada del artículo 149, 1-8º de la Constitución española y del artículo 10, 5º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco que reconoce la labor de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral tanto escrito como consuetudinario, dedica los artículos 32 a 48 referidos al Fuero Civil de Bizkaia y los artículos 140 a 145, al Fuero Civil de Ayala, para tratar del poder testatorio, del testamento por comisario y del usufructo poderoso ayalés.

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 se decía:

*“Debe destacarse, en el Capítulo I, la nueva regulación del testamento por comisario o alkar poderoso, una de las piezas más importantes de nuestro Derecho Foral, que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia.*

En esta materia, la nueva ley se fundamenta en los siguientes principios:

(...)

d) *Se mantiene la posibilidad de que la sucesión hereditaria se realice de modo razonable y reflexivo mediante el testamento adecuado al momento oportuno, evitando sucesiones intestadas motivadas muchas veces por falta de previsión.*

e) *Se evitan desmembraciones y divisiones irracionales y antieconómicas del patrimonio, reforzando así las modernas disposiciones administrativas que se dictan últimamente.*

f) *Se redacta el contenido de esta institución de modo atractivo, incluso para los no aforados, que tienen a su alcance aplicar el artículo 831 del Código Civil, cuyas sucesivas redacciones modificadas van acercándolo al propio pueblo de Bizkaia.”*

Así mismo, en referencia al Fuero de Ayala, señala que:

*“... resulta de absoluta actualidad el Fuero de Ayala que, aún escaso en reglas, pero de suma trascendencia, conecta en su contenido con el más moderno derecho sucesorio.*

*(...) se incorpora, por fin, en el ordenamiento jurídico escrito, el consuetudinario usufructo poderoso ... como una figura nacida al amparo de la libre disposición, cuyo arraigo en la Tierra de Ayala resulta fácilmente contrastable ...”*

Y, por su parte, la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa, regula en los artículos 164 a 171 la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano mediante el nombramiento de comisario, estableciendo el artículo 164, 1º:

*“El causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio.”*

Así se materializaban los fundamentos que inspiraban esta regulación legal contenidos en el artículo 147 de la Ley 3/1992, donde se reconocía la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Guipúzcoa.

*“Se trata –dice la Exposición de Motivos de la Ley 3/1999– de abordar la regulación por ley de la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano, como es la transmisión familiar del caserío indiviso. La conveniencia de hacerlo viene motivada por las dificultades constatadas por los profesionales del derecho para la consecución de ese objetivo, en un momento en el que, más que nunca, la continuidad de las cada vez más explotaciones agropecuarias requiere de decididas medidas de protección.”*

Además, no podemos dejar de señalar que el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, también regula esta Institución en sus Leyes 151, 177-2º, 180, 236, 281 y 289, y dice:

*“Ley 151. Fiducia sucesoria.*

*El causante puede delegar en fiduciarios-comisarios ó en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas, de acuerdo con lo establecido en los Títulos XI y XII de este Libro.”*

Finalmente, cabe hacer una mención a otros ordenamientos jurídicos forales que también vienen regulando esta figura del testamento por comisario, adoptando la forma de fiducia sucesoria: en Cataluña, los artículos 135 y 148 a 153 del Código de Sucesiones por causa de muerte; en Aragón, los artículos 110 y siguientes de la Ley de Sucesiones por causa de muerte; en las Islas Baleares, los artículos 18 a 24 y 65 de la Compilación del Derecho Civil Especial; y en Galicia, los artículos 141 y siguientes de la Ley del Derecho Civil de Galicia.

### 3.- EL PATRIMONIO FAMILIAR

Como fundamentos de la Institución que estamos estudiando podemos establecer: relegar a un momento posterior la designación de heredero o la distribución de los bienes, posibilitando el mejor conocimiento de la personalidad de los diferentes herederos y de sus necesidades, garantizar al cónyuge superviviente una posición sólida frente a los hijos, y lograr la transmisión íntegra del caserío y demás bienes que constituyen el patrimonio familiar.

Así pues, este poder testatorio se constituye en un instrumento útil para la transmisión de los bienes y la ordenación del patrimonio familiar, concepto jurídico que, por cierto, no encontramos recogido y tratado en ninguno de los índices analíticos consultados correspondientes a la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, al Fuero Nuevo de Navarra, al Código Civil, ni tampoco en el Diccionario Jurídico Aranzadi.

Por el contrario, este patrimonio familiar ha sido objeto de una especial protección y es uno de los principales ejes de nuestro Derecho. Así se pone de manifiesto en las resoluciones dictadas por la jurisprudencia más reciente relativas al poder testatorio (dejando en este momento de lado aquellas otras referidas a Instituciones como la Troncalidad, la Saca Foral o la Comunicación Foral de Bienes), dos de las cuales voy a destacar:

Por un lado, tenemos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de enero de 2001, siendo Ponente el Sr. D. José María Satrustegui Martínez, que, en el último párrafo de su Fundamento de Derecho segundo, establece:

*“En los poderes testatorios ínter cónyuges la prórroga ha sido mayoritariamente utilizada, entre otras razones porque así se profundizaba en lo que había sido el motivo fundamental de la institución, cual era el de conocer la personalidad de los diferentes herederos y poder elegir al que tuviera mayor capacidad para dirigir los destinos del caserío o de los bienes*

*que constituyeran el patrimonio familiar y, que duda cabe que, con la mencionada prórroga, los susodichos herederos, con el transcurso del tiempo mostraban más claramente sus características, su forma de actuar en relación con aquellos bienes y, en definitiva, sus inclinaciones al respecto.”*

Y en ese mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 2002, siendo Ponente el Sr. D. Román García Varela, en el párrafo sexto de su Fundamento de Derecho 2º, dice:

*“... la institución de alkar poderoso o poder testatorio, dada la tradición constante del pueblo vizcaíno de consignarla en la casi totalidad de sus capitulaciones matrimoniales, se considera como una de las piezas más importantes de este Derecho Foral, que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia, por lo que el plazo de ejercicio del poder se regula con la amplitud característica con que siempre se ha utilizado frente a decisiones autoritarias que lo constriñen.”*

Ambos Tribunales han sabido recoger en sus interpretaciones legales el fundamento de esta Institución y aquellos principios en los que se inspira una práctica consuetudinaria muy arraigada en el ámbito familiar vizcaíno y, también, de otros territorios forales.

#### **4.- LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PODER TESTATORIO**

A continuación, haremos una breve referencia a las resoluciones que han sido dictadas por el Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con esta Institución:

1. STS de 19 septiembre 1863. Ponente Sr. D. Gabriel Ceruelo de Velasco. Plazo de ejercicio: concesión de prórroga indefinida al cónyuge comisario.
2. STS de 28 febrero 1920. Ponente Sr. D. Pedro Higuera.

3. Resolución de la D. G. R. N. de 1 julio 1920. Director General Sr. D. Julio Fournier.
4. STS de 22 diciembre 1920. Ponente Sr. D. Manuel del Valle.
5. STS de 6 junio 1927. Ponente Sr. D. Saturnino Bajo.
6. STS de 24 febrero 1936. Ponente Sr. D. Dimas Camarero.
7. STS de 30 abril 1957. Ponente Sr. D. Manrique Mariscal de Gante. Plazo de ejercicio: improrrogable.
8. STS de 17 junio 1957. Ponente Sr. D. Joaquín Domínguez de Molina.
9. STS de 7 enero 1959. Ponente Sr. D. Antonio de Vicente Tutor.
10. STS de 19 mayo 1960. Ponente Sr. D. Juan Serrada Hernández.
11. STS 8 octubre 1962. Ponente Sr. D. Tomás Ogávar y Ayllón.
12. STS de 29 abril 1964. Ponente Sr. D. Manuel Lojo Tato. Plazo de ejercicio: el señalamiento de plazo tiene que referirse a un término concretado en el tiempo. Inadmisibile prórroga indefinida.
13. STS de 2 junio 1969. Ponente Sr. D. Federico Rodríguez-Solano y Espín.
14. STS de 10 octubre 1977. Ponente Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.
15. STS de 15 octubre 1990. Ponente Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

16. STS de 20 abril 1991. Ponente Sr. D. XXX. Irretroactividad de la ley vigente en relación con los poderes testatorios extinguidos con anterioridad a su entrada en vigor.
17. STSJ del PV de 30 diciembre 1991. Ponente Sr. D. José María Satrústegui Martínez. Plazo de ejercicio: consuetudinaria prórroga indefinida al cónyuge supérstite. F. D. 3º: Fuero Viejo, 127; Fuero Nuevo, 21, 3.
18. STSJ del PV de 12 abril 1994. Ponente Sr. D. José María Satrústegui Martínez. Plazo de ejercicio: consuetudinaria prórroga indefinida al cónyuge supérstite. F. D. 6º: Fuero Nuevo, 21, 3.
19. STSJ del PV de 17 enero 1995. Ponente Sr. D. Julián María Arzanegui Sarricolea. Facultades otorgadas al comisario. F. D. 3º: Ley 42/1959, de 30 julio, Compilación, art. 17.
20. STSJ del PV de 17 enero 1996. Ponente Sr. D<sup>a</sup>. Magali García Jorrín. Facultades y funciones del comisario. F. D. 4º: Ley 42/1959, de 30 julio, Compilación, art. 48.
21. STSJ del PV de 22 junio 1999. Ponente Sr. D. José María Satrústegui Martínez. Poder testatorio extinguido o declarado caducado: irretroactividad de la Ley 3/1992. F. D. 2º: Fuero Nuevo, 21, 3; Ley 3/1992, art. 44, 45 y disposición transitoria 2ª.
22. Auto del TS de 14 marzo 2000. Ponente Sr. D. XXX. Incidente sobre competencia. Plazo de ejercicio: prórroga. Costumbre arraigada en el Derecho Civil Foral del País Vasco.
23. STSJ del PV de 23 enero 2001. Ponente Sr. D. José María Satrústegui Martínez. Plazo de ejercicio: validez de la interpretación extensiva y consuetudinaria prórroga indefi-

nida al cónyuge supérstite. F. D. 2º: Fuero Nuevo; Ley 42/1959, de 30 julio, Compilación; Ley 3/1992, art. 44 y disposición transitoria 2ª.

24. STS de 12 de marzo de 2002. Ponente Sr. D. Román García Varela. Plazo de ejercicio: consuetudinaria prórroga indefinida al cónyuge supérstite. F. D. 2º: Fuero Nuevo; Ley 42/1959, de 30 julio, Compilación; Ley 3/1992, Exposición de Motivos, art. 44 y disposición transitoria 2ª.

25. STSJ del PV de 3 mayo 2004. Ponente Sr. D. Fernando Ruiz Piñeiro. Extinción del poder testatorio por muerte del comisario. Irretroactividad de la Ley 3/1992: art. 48, 2º y disposiciones transitorias 2ª y 3ª.

De todas estas resoluciones quiero hacer referencia especial, en primer lugar, a la que fue primera Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en esta materia, en la que se recogen los antecedentes legales cuyo origen se remonta al derecho común castellano:

STS de 19 septiembre 1863. Ponente Sr. D. Gabriel Ceruelo de Velasco. Plazo de ejercicio: prórroga indefinida al cónyuge supérstite.

*“Resultando que D. Juan Tomás Ugarte y su esposa Dª. Manuela Menchaca, vecinos de la Villa de Plencia, se dieron mutuamente poder en 10 de octubre de 1828 para testar y ordenar mandas, legados y donaciones el que sobreviviese por el premuerto, sin limitación alguna de tiempo para verificarlo, no obstante los términos sentados por fuero y derecho y con amplia facultad de disponer de los bienes entre sus cuatro hijo, eligiendo de éstos el heredero ó herederos que más le acomodase, y dando todos ellos a uno, ó según le pareciere, conforme a las leyes del reino y a las de aquel Señorío de Vizcaya, (...)*

*Considerando que los términos respectivamente señalados en la Ley 3 del Título 19, Libro 10 de la Novísima Recopilación, o sea la 33 de Toro, al comisario para hacer el tes-*

*tamento y declarar lo que haya de hacerse de los bienes del que le dio el poder, fueron establecidos en beneficio de éste con el fin de que no se dilatase arbitraria e indefinidamente el cumplimiento de su última disposición, pudiendo por lo tanto renunciarse por él y prorrogarlos por el tiempo que juzgue conveniente para el objeto que se propone, puesto que no se lo prohíbe la ley.*

*Considerando que habiendo dado poder D. Juan Tomás de Ugarte a su esposa D<sup>a</sup>. Manuela Menchaca para que sobreviviéndole, como se verificó, ordenase por él un testamento en cualquier tiempo de su vida sin que estuviese sujeto a los términos sentados por fuero y derecho, prorrogando todo el que necesitase sin restricción ni limitación alguna, (...)*

*Considerando que D. Juan Tomás de Ugarte autorizó a su esposa, no sólo para ordenar el testamento, sino también para hacer mandas, legados y donaciones, y para disponer de todos sus bienes entre sus hijos, haciendo la elección de heredero en el que más le acomodase, dándoles todos a uno ó según le pareciere,*

*Considerando que D<sup>a</sup>. Manuela Menchaca, en uso de esta autorización y siempre que no perjudicase a sus hijos en la legítima que a todos correspondía en los bienes del padre, podía disponer de los demás, por legado o mejoras, a favor de cualquiera de ellos, no infringiéndose por lo tanto la Ley 1<sup>a</sup> del Título 19, Libro 10 de la Novísima Recopilación ...”*

En esta Sentencia se declara no haber lugar al Recurso de Casación considerando válido el testamento otorgado por el comisario haciendo uso del poder testatorio en el plazo legalmente prorrogado.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó su primera Sentencia sobre poder testatorio en 1991:

STSJ del PV de 30 diciembre 1991. Ponente Sr. D. José María Satrústegui Martínez. Plazo de ejercicio: consuetudinaria

prórroga indefinida al cónyuge supérstite. F. D. 3º: Fuero Viejo, 127; Fuero Nuevo, 21, 3:

*“El poder testatorio, instrumento por el que una persona confiere a otra la facultad de disponer de sus bienes, una vez que el comitente haya fallecido, es una institución también admitida en otras legislaciones forales, y que en Vizcaya se regula ya en el Fuero Viejo de 1452 (capítulo 127) recogiendo una costumbre preexistente.*

*El Fuero Nuevo de 1526, le recoge también en la Ley 3ª del Título XXI, como institución de uso y costumbre, debiendo señalarse a este respecto, que tanto este Fuero, como el Viejo trataron de recopilar aquellos usos, formas y costumbres ordenándoles y dándoles forma escrita. Dentro de las posibles facetas del poder testatorio es, sin duda alguna, el de mayor utilización el otorgado entre cónyuges, el alkar poderoso, según denominación tradicional aún en la actualidad subsistente, palabras que tienen el sentido del poder recíproco.*

*Respecto al problema suscitado en el presente recurso, plazo en que el poder testatorio ha de ser utilizado por el apoderado o comisario, nada dice el Fuero Viejo, señalando, por el contrario el Fuero Nuevo unos términos que, en el supuesto de existir hijos en edad pupilar, menores de edad, se extiende hasta un año después de alcanzar la mayoría de edad. A pesar de ello y quizá por no contener aquella Ley, una prohibición expresa, es lo cierto que la costumbre más arraigada, en el supuesto de alkar poderoso, o poder testatorio inter cónyuges, continuaba concediendo prórrogas indefinidas al esposo supérstite.*

*Esta consuetudinaria forma de operar, es reconocida por toda la doctrina científica, y por la propia parte hoy recurrente, como así lo admite la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya en este proceso.*

*No obstante, es preciso señalar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en sentencias dictadas en el siglo*

*pasado admitió la validez de la prórroga en el poder testatorio, más tarde, a partir de las décadas de 1.950 y 1.960, se pronunció en sentido contrario.”*

Esta Sentencia termina declarando no haber lugar al Recurso de Casación considerando, entre otras cosas, que el poder testatorio concedido entre cónyuges, conocido como “*alkar poderoso*”, disfrutaba de una consuetudinaria prórroga indefinida para su ejercicio, a pesar de haberse conocido una jurisprudencia fluctuante en el Tribunal Supremo a partir de 1950.

En relación con esta última cuestión tratada en la Sentencia anterior, en el año 2002 el Tribunal Supremo va a resolver un Recurso de Casación procedente de Bizkaia estableciendo un cambio de criterio jurisprudencial sobre la prórroga consuetudinaria del poder testatorio en el Derecho vizcaíno, recuperando su inicial línea interpretativa favorable a dicha prórroga, y ratificando la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco venía aplicando desde su entrada en funcionamiento.

Aquella cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a la citada prórroga, animó a un Letrado vizcaíno a acudir en casación ante su Sala Primera ya que defendía los intereses de un cliente deseoso de beneficiarse por dicha interpretación, pero que en primera instancia ante el Juzgado nº 8 de Bilbao, y luego ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, había visto desestimadas sus pretensiones.

Pretendía la nulidad del testamento otorgado por el cónyuge viudo en ejercicio del poder testatorio que le había otorgado su esposo, por el transcurso del plazo legal para el ejercicio de dicho poder, entendiéndolo caducado. Y lo hacía ante el Tribunal Supremo alegando una supuesta infracción de los artículos 9, 3º y 149, 1-8º de la C. E., dirigiendo así su Recurso de Casación fuera del ámbito del conocimiento del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de quien conocía su opinión jurisprudencial, constante y asentada, contraria a sus intereses.

La Sala Primera del Tribunal Supremo va a declarar no haber lugar al Recurso de Casación presentado, si bien no hace especial pronunciamiento sobre las costas, toda vez que la problemática enjuiciada ha obtenido una respuesta donde se cambia la línea jurisprudencial seguida hasta ahora, de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la C. E.

STS de 12 de marzo de 2002. Ponente Sr. D. Román García Varela. Plazo de ejercicio: consuetudinaria prórroga indefinida al cónyuge supérstite. F. D. 2º: Fuero Nuevo; Ley 42/1959, de 30 julio, Compilación; Ley 3/1992, Exposición de Motivos, art. 44 y disposición transitoria 2ª. Y establece en su F. D. 2º:

*“La sentencia recurrida argumenta literalmente que «la interpretación que se concierne en las Leyes del llamado Fuero Nuevo, así como la Compilación posterior del año 1959, deberá realizarse a la entrada en vigor de la Constitución del año 1978, de conformidad con los parámetros y espíritu que en la misma se inspiran en relación a respetar las costumbres y rasgos propios de los territorios históricos que en aquella se reconocen; conforme a la misma, tanto es Ley la escrita como la costumbre otorgándole a ésta fuerza vinculante, incardinándose dentro de este derecho consuetudinario como de gran arraigo la prórroga del poder testatorio, lo cual traía su fundamento del carácter que “alkar poderoso” se le otorgaba al cónyuge que se le concedía tal poder; era la salvaguarda de la continuación de los bienes de la familia que se encontraban en manos de tal cónyuge; e, igualmente, explica que esta misma interpretación es confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, que ostenta la competencia en materia de casación foral, y crea jurisprudencia en dicho campo, y, como ejemplo y plasmación del acogimiento de esta línea jurisprudencial, el artículo 44 de la Ley 3/1992, sobre Derecho Civil y Foral del País Vasco, dispone que si se otorga poder al esposo, el plazo de éste será indefinido o por los años que viviere, lo que supone la ratificación expresa del arraigo que en este espacio se venía aceptando por los habitantes del lugar y a plasmar de forma escrita el espíritu que la doctrina invocaba*

*contra la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo declaraba anteriormente».*

Y la Sala Primera del T. S. continúa precisando la cuestión referida al plazo de ejercicio y sus precedentes legales:

*“Así como el Fuero Viejo no señalaba plazo alguno respecto al ciclo temporal en que ha de usarse el poder testatorio, el Fuero Nuevo de 1526 estableció como tal el tiempo en que los hijos o sucesores fueran menores de edad y si son mayores de edad al término de un año y un día; sin embargo, la costumbre de prorrogar el poder testatorio tiene sin duda gran arraigo en Bizkaia, hasta el punto de que la Ley 3/1992, de 1 de julio, sobre Derecho Civil y Foral del País Vasco la ha acogido en su artículo 44, al establecer que «el comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio; si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviese», con la precisión, en su Exposición de Motivos, de que la institución de «alkar poderoso» o poder testatorio, dada la tradición constante del pueblo vizcaíno de consignarla en la casi totalidad de sus capitulaciones matrimoniales, se considera como una de las piezas más importantes de este Derecho Foral, que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia, por lo que el plazo de ejercicio del poder se regula con la amplitud característica con que siempre se ha utilizado frente a decisiones autoritarias que lo constriñen.”*

Con esta Sentencia se produce un significativo cambio de criterio jurisprudencial e importante respaldo al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que ostenta la competencia en materia de casación foral y crea jurisprudencia en dicho ámbito.

Por fin, quiero reseñar la última Sentencia de la que tengo noticia hasta el momento, dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 3 de mayo de 2004, en la que se desestima el Recurso de Casación presentado y donde, entre otras cuestiones, se trata sobre la extinción del poder testatorio por

causa de muerte así como sobre la aplicación retroactiva de la Ley 3/1992 a los poderes testatorios otorgados con anterioridad a su entrada en vigor.

## **5.- UN INSTRUMENTO EFICAZ PARA LA PROTECCIÓN Y ORDENACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR.**

Como conclusiones, podemos afirmar que la práctica consuetudinaria de esta Institución y su posterior regulación legal han puesto de manifiesto no sólo el arraigo sino también la eficacia que como instrumento jurídico ha permitido proteger y ordenar el patrimonio familiar del causante. Así ha sido reconocido de forma reiterada tanto por la Doctrina científica como por la jurisprudencial que hemos tenido ocasión de estudiar.

Nos encontramos ante uno de los ejes de nuestro Sistema Jurídico, dirigido a la protección de la casa y de la familia que en ella habita, y manifestación directa del principio de libertad civil entendido como principio básico del Derecho Civil Vasco. La solución que presenta está alejada de los laboratorios y de los dogmas científicos, permaneciendo arraigada a la tierra, al País y a las personas que lo habitan, quienes prefieren la elección por el causante de una persona de su confianza para que designe el día de mañana a sus sucesores a quedar sometidos a una decisión prevista por la ley.

Y como notas características más destacadas podemos señalar:

1.- Permite delegar en una persona de confianza la designación de sucesor.

2.- No establece límite alguno en cuanto a la persona que puede ser nombrada: pero generalmente el comisario nombrado será el cónyuge y, si el nombramiento es recíproco, se conocerá como "*alkar poderoso*".

3.- Relega a un momento posterior y más adecuado la elección del sucesor.

4.- Facilita un conocimiento mayor y más preciso de todas las circunstancias que afectan a su persona, a su familia, al cónyuge, a los hijos y demás herederos, a la casa, a su patrimonio,... y de esa manera poder decidir en el momento adecuado la designación del mejor sucesor o sucesores y la distribución más adecuada de su patrimonio, conociendo quienes sean los más necesitados.

5.- Garantiza, junto con otras Instituciones, la transmisión íntegra del caserío o de los bienes que constituyan el patrimonio familiar.

6.- Ofrece una más sólida posición al cónyuge viudo nombrado comisario pues, si así lo quiere el causante, dispondrá del usufructo del conjunto del caudal hereditario.

Por su parte, el Anteproyecto de Nueva Ley de Derecho Civil Vasco depositado en manos del Gobierno Vasco el día 31 de diciembre de 2.001 por la Comisión de Juristas encargada de su elaboración, propone la regulación para todo el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco del poder testatorio y el testamento por comisario tomando como base la actual normativa del Fuero Civil de Bizkaia, con la incorporación de algunas ligeras modificaciones y peculiaridades de la práctica guipuzcoana, y propone, además, hacer del cónyuge viudo un usufructuario universal, siguiendo la tradición representada por el “*alkar poderoso*” de Bizkaia y el usufructo universal del Fuero Civil de Ayala.

***José Miguel Gorostiza Vicente.***



**LAS PAREJAS DE HECHO EN LA  
COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL  
PAÍS VASCO,  
ANTE EL PODER TESTATORIO Y  
LA NUEVA REGULACIÓN DEL  
ARTÍCULO 831  
DEL CÓDIGO CIVIL**



D. Xabier Aurrekoetxea, abogado.

## **1.- FINALIDAD DE LA PRESENTE COMUNICACIÓN**

En el marco de las Terceras Jornadas Prácticas Sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco y que tratan sobre el derecho sucesorio y en particular sobre el poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil<sup>1</sup>, considero que debe, cuando menos, examinarse la situación que se produce respecto de aquellas relaciones de pareja que se están generalizando de un tiempo a esta parte, conocidas como “parejas de hecho” y que se caracterizan por la convivencia dos personas del mismo o distinto sexo, en modo semejante al marital, y sin que hayan contraído matrimonio.

En este sentido, la presente comunicación trata de presentar una serie de reflexiones en torno a la situación en que se hallan los miembros de este tipo de parejas respecto de una de las más singulares instituciones del derecho civil foral vasco, cual es el poder testatorio, así como de su “semejante” en el derecho común, que está recogida en la nueva regulación del artículo 831 del CC, todo ello en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Sin embargo en estas líneas no encontrará el lector un examen absolutamente pormenorizado de la naturaleza, requisitos, funcionamiento, ejercicio de las facultades que permiten, extinción u otras circunstancias de estas instituciones, ya que entiendo que ello es objeto específico de las ponencias dictadas en el marco de esta Jornada.

No obstante, esta comunicación se presenta el listado de posibilidades que respecto del poder testatorio o de la nueva regulación del artículo 831 del CC se ofrecen a cualquier persona, con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco y que sea miembro de una pareja de hecho, todo ello atendiendo a la ley civil que les sea aplicable.

---

<sup>1</sup> En adelante y para esta comunicación CC.

## **2.- MARCO JURÍDICO**

### **II.1. LEY SUCESORIA APLICABLE: LA LEY DE DERECHO CIVIL FORAL O EL CÓDIGO CIVIL**

#### *II.1.1. Criterios para la determinación de la ley civil aplicable: la vecindad civil*

La ley civil específica o propia del territorio esta Comunidad Autónoma es la Ley 3/1992 de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco<sup>2</sup>, en la versión que queda tras su reforma por la ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley Derecho Civil Foral del País Vasco en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa.

Ahora bien y como es sabido, esta ley civil no regula la totalidad de las instituciones civiles, antes al contrario, se ciñe a aspectos relacionados con el derecho de familia y sucesiones, y normas sobre servidumbres de paso. Por otra parte esta Ley, a diferencia de otras leyes civiles forales o territoriales, tampoco extiende su ámbito de aplicación a todo el espacio físico de los tres Territorios Históricos de los que se compone la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Así, resulta que el llamado derecho común y en lo concerniente a ciertas instituciones, las no reguladas por la Ley 3/1992, es de directa aplicación en todo el territorio. También es de directa aplicación y para todas las instituciones civiles, en aquellas partes del territorio de la Comunidad en que la LDCF no tiene vigencia; según se acreditará a lo largo de la presente comunicación.

No obstante, en lo concerniente al derecho sucesorio, objeto de esta Jornada, la Ley 3/1992 dispone de regulaciones específicas, con lo que, desde una visión global del territorio, nos encontramos con una situación de dualidad, de modo que parte

---

<sup>2</sup> En adelante y para esta comunicación Ley 3/1992 ó LDCF.

del espacio físico se halla sujeto a la ley civil foral y por tanto en el mismo podrá acudir al poder testatorio; mientras, la otra parte queda sujeta al derecho común, recogido en el CC, y en la que podrá acudir a lo establecido en el nuevo artículo 831.

El criterio para determinar la sujeción a una ley civil o la otra, esto es, a la LDCF o al CC, viene determinado por la “vecindad civil”. La regulación de este criterio se halla en el artículo 14.1º del referido CC, y de acuerdo a lo señalado en su precedente, el artículo 13.1º, es precepto vigente en todo el territorio del Estado<sup>3</sup>.

Igualmente debe recordarse que esta regulación, la del criterio para determinar la ley civil aplicable, y conforme lo revisto en el 149.1.8ª de la Constitución<sup>4</sup>, es competencia exclusiva del Estado, sustraída por tanto del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas.

## II.1.2. *Adquisición y pérdida de la vecindad civil: consideraciones básicas*

### *Adquisición originaria*

---

<sup>3</sup> Código Civil, Artículo 13.1º: *Las disposiciones de este Título Preliminar, en cuanto determina los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial tendrán aplicación general y directa en toda España.*

Artículo 14.1º: *La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.*

<sup>4</sup> Constitución, Artículo 149.1: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]*

8ª. *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

La vecindad civil se adquiere originariamente por nacimiento, y así conforme señala el párrafo segundo del mencionado artículo 14, cuando dice que tendrán vecindad civil de derecho común o de derecho foral los nacidos de padres de tal vecindad. Si los padres tuviesen distinta vecindad, al hijo corresponderá la vecindad de aquel padre respecto del cual la filiación se haya sido determinada antes; en su defecto, la del lugar de nacimiento y en último término la de derecho común.

#### *Adquisición voluntaria*

Conforme lo señalado en el artículo 14.5.1ª, la vecindad civil del lugar de residencia puede adquirirse por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ante el encargado del Registro Civil ser esa su voluntad.

Es también adquisición voluntaria la prevista en el párrafo cuarto del artículo 14.4, y que para el caso de que los cónyuges que sean de vecindad distinta entre sí, permite a uno de ellos optar por la vecindad del otro.

Igualmente es adquisición voluntaria la que en redacción del párrafo cuarto del artículo 14.3, permite al hijo emancipado y en el plazo de 12 meses, optar por la vecindad de su lugar de nacimiento o la última de cualquiera de sus progenitores.

Puede considerarse adquisición voluntaria, si bien no de quien la quiere adquirir, sino de quienes ejercen la patria potestad, la prevista en el párrafo segundo del artículo 14.3 y que permite a los padres con vecindades civiles distintas, atribuir al hijo menor de seis meses la vecindad de cualquiera de sus ellos.

#### *Pérdida de la vecindad por adquisición automática de otra*

Por el contrario, y conforme señala el artículo 14.5.2ª, aquel que permanezca de forma continuada durante diez años residiendo en territorio de vecindad civil distinta a la suya, y sin declaración en contrario durante este plazo, adquirirá de modo

automático la vecindad civil de residencia, con pérdida de la anterior<sup>5</sup>.

### II.1.3. *Las vecindades civiles en la Comunidad Autónoma del País Vasco*

En el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco la ley 3/1992 reconoce la existencia de las siguientes vecindades civiles vascas:

#### *Vizcaino aforado*

El artículo 12 de la LDCF señala que a los efectos de la misma, se reputan por vizcainos quienes tengan la vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia. A continuación matiza, indicando que serán aforados o infanzones quienes tengan su vecindad civil en territorio aforado<sup>6</sup>.

Ahora bien, no debe olvidarse que el Fuero Civil de Bizkaia tiene también vigencia fuera del Territorio Histórico de Bizkaia,

---

<sup>5</sup> Mientras que el CC permite la doble nacionalidad en algunos supuestos, como los referidos en el artículo 24.2º, no es posible la doble vecindad civil, de modo que la adquisición de una vecindad civil hace perder la que hasta aquel momento se disponía.

<sup>6</sup> El territorio aforado viene definido por en el artículo 6.1º LDCF cuando establece que *con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao*. El artículo 12 dice textualmente que *a los efectos de este Fuero Civil, son vizcainos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia. Aforado o infanzón es quien tenga su vecindad en territorio infanzón*.

Sobre el singular caso del actual término municipal de Bilbao y su nueva condición de municipio con parte de territorio perteneciente a la Tierra Llana puede consultarse mi artículo *Ámbito de aplicación del Derecho Civil Foral de Bizkaia. Comentarios sobre el Libro Primero, Título I, Capítulo I de la Ley 3/1992 del Parlamento Vasco*, en Boletín Informativo del ICASV, nº 110, pp. 18-20 y nº 111, pp. 28-31, 2002.

rigiendo el los municipios alaveses de Llodio y Aramaio, así lo reconoce el artículo 146.2º LDCF<sup>7</sup>.

De todo ello resulta que hay vizcainos aforados en Bizkaia y en parte del territorio de Alava.

### *Vizcaino no aforado*

El párrafo segundo del artículo 6 LDCF reconoce que la parte no infanzona de Bizkaia, se regirá por la legislación civil general *salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero*. En este sentido debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 13 de la misma<sup>8</sup> cuando permite a los vizcainos no aforados acogerse al testamento mancomunado y al poder testatorio, propios de los vizcainos aforados.

Como puede apreciarse, y a diferencia de lo que ocurre con la vizcainos aforados, en el artículo 12 no hay un pronunciamiento expreso que defina la vecindad vizcaina no infanzona, pero es evidente su existencia, en la medida en que distingue los vizcainos aforados, de los infanzones y de los sujetos estrictamente al derecho común<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> LDCF, Artículo 146: 1. *En los municipios de Llodio y Aramaio rige el Fuero de Bizkaia, salvo los preceptos que se refieren a la determinación del ámbito territorial, de aplicación específica para el Territorio Histórico de Bizkaia.* 2. *La vecindad civil determinará la aplicación del Fuero de Bizkaia en los municipios de Llodio y Aramaio.*

<sup>8</sup> LDCF, Artículo 6.2º: *El territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general, salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero.*

Artículo 13: *Los vizcainos no aforados podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero.*

<sup>9</sup> En este sentido, y sobre la configuración de la vecindad civil vizcaina no aforada puede observarse la opinión vertida por la abogacía del Estado, que se manifestó con ocasión del recurso de inconstitucionalidad, interpuesto el 6 de noviembre de 1992 en nombre del Presidente del Gobierno Central contra la Ley 3/1992, y que en su folio 6 y siguientes señala que, ente otros, se recurre el artículo 12 porque *la Ley vasca 3/92 viene a crea, sin embargo, dos vecindades civiles, una plena (la de infanzón o aforado, art. 12 II) y otra menos plena (la de vizcaino no aforado) [...].*

*Los arts 12 y 13 de la Ley vasca 3/92 y el último inciso del pfo. segundo del art. 6 considerados conjuntamente son inconstitucionales en cuanto vienen a crear una nueva vecindad civil foral, la de vizcaino no infanzón [...].*

## *Ayalés*

El título I del Libro II de la LDCF, reconoce expresamente una vecindad específica de una parte del territorio de Álava, la prevista el artículo 133, si bien no es extensible a toda su geografía sino que es exclusiva de los municipios y poblados referidos en el artículo 131 y que es conocida como “Tierra de Ayala”<sup>10</sup>.

## *Guipuzcoano*

Una de las principales novedades de la LDCF, en su versión dada tras la reforma operada por la ley 3/1999, es el reconocimiento de la vecindad civil guipuzcoana, que gira en torno tres artículos, 148, 149 y 150, y que regulan los ámbitos territorial, personal y funcional del Fuero Civil de Gipuzkoa.

En virtud de estos artículos<sup>11</sup>, solo los guipuzcoanos propietarios de un caserío en este Territorio Histórico y en cuanto a la transmisión del mismo, podrán acogerse a las disposiciones específicas del Libro III, Del Fuero Civil de Gipuzkoa.

## *“Vasco de derecho común”*

Habida cuenta, como se ha señalado, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco disponemos de varias vecindades civiles propias (vizcaino aforado, vizcaino no afora-

---

<sup>10</sup> LDCF, Artículo 131: *el Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega.*

Artículo 133: *La vecindad civil determinará la aplicación del Fuero de Ayala.*

<sup>11</sup> LDCF, Artículo 148: *El presente Fuero rige en todo el Territorio Histórico de Guipúzcoa en tanto legislación civil propia del mismo.*

Artículo 149: *A los efectos del presente Fuero Civil, son guipuzcoanos quienes hayan ganado vecindad civil en el Territorio Histórico de Guipúzcoa.*

Artículo 150: *Aquellos guipuzcoanos que sean titulares de un caserío sito en el territorio histórico de Guipúzcoa podrán servirse de los instrumentos que disciplina el presente Fuero Civil en orden a su transmisión, sin perjuicio de lo que, en relación al testamento mancomunado, establece el apartado 2 del artículo 172.*

do, ayalés y guipuzcoano), considerando que con estas cuatro vecindades civiles no se cubre la totalidad del territorio de la Comunidad, ya que en el caso de Bizkaia su fuero civil no es extensible a parte del territorio de algunos de sus municipios; en el caso de Álava, la vizcainía aforada solo se da en Llodio y en Aramaio; o que la vecindad ayalesa es exclusiva de estacamarca del norte-noroeste del Territorio Histórico; atendiendo así bien que la vecindad guipuzcoana además de los tradicionales puntos de conexión territorial y personal requiere la conexión funcional; es evidente pues, que para el resto del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco resulta de directa aplicación el CC.

## II.2. LAS PAREJAS DE HECHO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

### II.2.1. *Requisitos para su constitución*

A pesar de que la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco<sup>12</sup>, no presenta un listado específico en que se detallen los requisitos necesarios para considerar que nos hallamos ante una pareja de hecho; de una lectura detallada de varios de sus artículos puede concluirse la siguiente clasificación<sup>13</sup>:

#### *Requisitos personales*

Los requisitos personales pertenecen a dos tipos, unos podemos describirlos como “positivos” mientras que los otros

---

<sup>12</sup> En adelante y para esta comunicación LPPH.

<sup>13</sup> Sobre los requisitos para la constitución de la pareja de hecho, de acuerdo a lo establecido en la LPPH, puede atenderse a lo indicado en mi ponencia *El ámbito de aplicación de la Ley. Requisitos para la constitución y para la extinción. El registro de parejas*, dictada el 6 de noviembre de 2003, en el Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia, con ocasión de la Segunda Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco “La Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Examen de la Ley, sus efectos e integración en el Derecho Civil Foral del País Vasco”.

pueden ser definirlos como “negativos”, en función de que su presencia sea condición necesaria para que podamos considerar que estamos ante una pareja de hecho, o por el contrario, si su presencia impide que se trae de este tipo de parejas; siempre al amparo de lo regulado por la LPPH.

## Positivos

Los requisitos “positivos” se concentran en el artículo 2.1º de la Ley, y así se requiere que se trate de una unión libre de dos personas, de igual o distinto sexo, ligados por una relación afectivo-sexual, que sean mayores de edad<sup>14</sup> y que dispongan de plena capacidad de obrar.

Hay también otro requisito personal que se refiere en el párrafo segundo de este artículo, se trata de *la vecindad administrativa de uno de los miembros de la pareja en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi*; a mi juicio, la demanda de este requisito tiene su razón de ser en orden a que sean extensibles a los miembros de la pareja los efectos administrativos de la ley.

No obstante y para los efectos civiles de la misma, así por ejemplo en el orden sucesorio o del régimen económico de la pareja, y de acuerdo a lo establecido en los antes citados artículos 13 y 14 del CC, y a pesar de que la LPPH no lo dice, deberá estarse a la vecindad civil, y requerirse por tanto que alguno de los miembros de la pareja disponga de vecindad civil propia del País Vasco<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Como puede apreciarse, se admite también la pareja de hecho constituida por menores emancipados; ahora bien y tal y como tengo señalado en mi comunicación de 6 de noviembre de 2003 (*op. cit.*), es evidente que este requisito hace de peor condición a los menores para constituir pareja de hecho que para contraer matrimonio, ya que de acuerdo a lo establecido por el artículo 48 CC el impedimento de minoría de edad es dispensable por la autoridad judicial para los que tengan cumplidos catorce años, circunstancia que por el contrario no está prevista para constituir pareja de hecho.

## Negativos

Los requisitos “negativos” se concentran también en el párrafo primero del artículo 2, cuando exige que para poder constituir pareja de hecho, ninguno de los dos candidatos a constituirla estén unidos a otra persona por vínculo matrimonial<sup>16</sup>, o por pareja de hecho.

También y dentro de este artículo, se reconocen como impedimentos para constituir pareja de hecho el parentesco en línea recta entre ambos miembros, bien sea por consanguinidad o por adopción, y en línea colateral sólo por consanguinidad y hasta el segundo grado<sup>17</sup>.

### *Requisitos formales*

A diferencia de otras leyes autonómicas, el legislador vasco optó por una ley de inscripción obligatoria, de modo y manera que no hay pareja de hecho, a los efectos de la Ley, si no se inscribe en el Registro creado al efecto, según refiere el artículo 3.1º de la LPPH.

Ahora bien, para que pueda procederse a la inscripción, y de acuerdo a lo exigido en el artículo 4.3º LPPH, será preciso dirigir al encargado del referido Registro una instancia mediante la

---

<sup>15</sup> Igualmente, en mi ponencia de 6 de noviembre de 2003 (*op cit.*), señalaba el riesgo que entraña la redacción de la LPPH, que parece establecer exclusivamente el punto de conexión en la vecindad administrativa, lo que puede llegar a inducir a error al lector desconocedor del derecho civil, por pensar que es suficiente esta vecindad para que se extiendan a los miembros de la pareja de hecho todos los efectos de la misma. En este sentido no debe olvidarse que conforme el reparto constitucional de competencias, las comunidades autónomas no pueden establecer los criterios para determinar la sujeción a unas u otras leyes civiles, lo que se determina por la vecindad civil regulada, como se ha dicho en el artículo 14 CC.

<sup>16</sup> Téngase en cuenta que el artículo 85 CC establece las causas para la extinción del vínculo matrimonial, y entre las que no se incluye la separación matrimonial; de donde resulta que al amparo de la LPPH queda vedado a los separados judicialmente pero no divorciados, la posibilidad de constituir pareja de hecho.

<sup>17</sup> Este impedimento de parentesco por consanguinidad en la línea colateral limitado en la LPPH al segundo grado es menos gravoso que en el CC para el matrimonio, y que se extiende hasta el tercer grado de parentesco, si bien, dispensable, conforme lo previsto en el artículo 48.

que ambos miembros manifiesten su voluntad de inscribirse, indicando un domicilio de la pareja y acreditando el cumplimiento de los requisitos del artículo 2.1º de la misma Ley<sup>18</sup>.

Por su parte el artículo 5.2º LPPH establece que está prohibido el pacto de constitución de pareja de hecho con carácter temporal o sometida a condición. Igualmente este precepto impide a las administraciones públicas inscribir en el Registro los pactos que atentaren contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros.

A esta respecto debe señalarse que el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco<sup>19</sup>, en su artículo 17.1º establece que *el encargado o encargada de la oficina territorial del Registro calificará las solicitudes presentadas, la acreditación de los requisitos exigidos por la Ley y la legalidad de los derechos y obligaciones contenidos en los pactos que aporta la pareja solicitante [...]*. Es de suponer que este tipo de vicios serán detectados con ocasión de la labor calificadora, que le corresponde desempeñar a la persona encargada del Registro de Parejas, y en su caso, procederá a denegar su inscripción.

## II.2.2. Clases de parejas de hecho en la Comunidad Autónoma del País Vasco

---

<sup>18</sup> El artículo 4.3º LPPH solamente exige el cumplimiento de los requisitos del párrafo primero del artículo 2, olvidando que entre otros y como condición necesaria que en el párrafo segundo del artículo 2 exige también la vecindad administrativa, de al menos uno de los miembros de la pareja. A mi juicio parece un simple olvido, pues de lo contrario podría concluirse que se admite la inscripción de parejas de hecho en las que ninguno de sus miembros tuviese cuando menos la vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma del País Vasco; lo que, por otra parte, parece un completo sin sentido, ya que no les serían extensibles los efectos administrativos previstos en la misma.

<sup>19</sup> El Reglamento del Registro de Parejas de Hecho del País Vasco se aprobó por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, mediante el Decreto 124/2004, de 22 de junio.

De acuerdo a lo señalado, y en el territorio de esta Comunidad podremos hallar personas que constituyen pareja de hecho, conforme lo establecido en la LPHH, o bien parejas que a pesar de podrían ser englobadas dentro de la denominación genérica de parejas de hecho, no pueden ser tenidas como tales a los efectos la antedicha LPPH por no reunir los requisitos en ella establecidos. Habrá pues parejas de hecho inscritas y parejas de hecho no inscritas.

### **3.- SITUACIONES SUCESORIAS POSIBLES DE LOS MIEMBROS DE LAS “PAREJAS DE HECHO” ANTE EL PODER TESTATORIO Y LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL.**

Establecidas estas premisas, procede a continuación examinar el caso concreto de las distintas situaciones posibles en relación con el poder testatorio y/o la nueva redacción del artículo 831 del CC.

#### **III.1. VIZCAINO AFORADO**

##### **Régimen jurídico**

La LPPH establece en su artículo 9, que a los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Seguidamente indica que en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho civil foral aplicable en cada caso podrán nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio.

Así mismo, en la Disposición Adicional Primera señala que todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de la misma se entenderán también hechas a las parejas de hecho.

En el caso concreto de que uno de los miembros de la pareja de hecho sea vizcaino aforado, estas que siguen son la situaciones posibles que se pueden dar y las facultades, que respecto de la ordenación futura de su testamento se pueden dar, atendiendo siempre al tipo de relación de pareja que haya constituido.

## **Supuestos de relación de pareja**

*Pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco.*

Si se trata de pareja de hecho inscrita el Registro de Parejas del País Vasco, al miembro de la pareja que sea vizcaino aforado, le es directamente aplicable el artículo 9 LPPH, “tamizado” por lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la misma ley, y que nos reenvía las disposiciones de la ley 3/1992, a saber al “poder testatorio” recogido en los artículos 32 y siguientes.

En este sentido y siempre analizando el supuesto del vizcaino aforado que sea miembro de pareja de hecho inscrita, estas que siguen serán las características de su cargo:

Como comitente

Como comitente, podrá designar comisario tanto a un extraño como al miembro de la pareja. Los consortes podrán incluso designarse comisarios recíprocamente, esto es acudir al “alkar poderoso”<sup>20</sup>. En el supuesto de que ambos sean vizcainos

---

<sup>20</sup> Una interpretación excesivamente literal del artículo 9 LPPH podría llevarnos a pensar que los miembros de la pareja de hecho inscrita solo pueden acudir al poder testatorio recíproco; ahora bien, a mi juicio, la Disposición Adicional Primera permite corregir esta interpretación, y considerar que a los miembros de las parejas de hecho inscritas también les es de aplicación el artículo 32 LDCF, que permite que el testador pueda encomendar a una o varias personas la designación de sucesor, sin exigir para los casados que el poder solo pueda ser otorgado a favor del consorte; lo contrario, esto es mantener una interpretación restrictiva del artículo 9 LPPH, llevaría a la paradoja de hacer de peor condición a los miembros de las parejas de hecho que a los casados, lo que por otra parte es del todo contrario a los principios que inspiran la LPPH, según refiere tanto su Exposición de Motivos como la referida Disposición Adicional Primera.

aforados (tanto de la Tierra Llana de Bizkaia como de los municipios alaveses de Llodio y Aramaio), incluso como luego se detallará, si se tratara de vizcainos no aforados.

Por otra parte debe ponerse de manifiesto que nada impide que pueda haber también reciprocidad entre extraños.

-Como comisario

En tanto que comisario, el miembro de la pareja inscrita se podrá comportar en relación con el poder conferido del mismo modo que lo pueda hacer una persona casada.

Si el poder que ejercita es poder atribuido por un extraño, deberá hacer uso del mismo atendiendo a las condiciones impuestas por el comitente (artículo 35 LDCF).

Podrá ejercitarlo, bien a través de actos inter-vivos como mortis causa (artículo 38 LDCF), y salvo prohibición expresa podrá hacer uso del mismo en varios actos (artículo 45 LDCF).

Mientras se halle en el uso del poder representará y administrará la herencia (artículo 40.2º LDCF), y también podrá designar albacea y contador partidador (artículo 39.2º LDCF), si es que no hubiesen sido designados expresamente por el causante.

Este poder recibido de extraño se extinguirá por las siguientes causas:

- a) Expiración del plazo establecido para el ejercicio del mismo (artículo 48.1º LDCF)
- b) Muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida (artículo 48.2º LDCF)
- c) Renuncia al cargo (artículo 48.5º LDCF)

- d) Incurrir para con el causante o sus descendientes en causa de indignidad para suceder (artículo 48.6º LDCF)<sup>21</sup>
- e) Causa expresamente prevista al tiempo del otorgamiento del poder (artículo 48.7º LDCF)
- f) Revocación (artículo 48.8º LDCF)

Si por el contrario el poder que dispone lo es del otro miembro de la pareja, es evidente que aquel solamente podrá ejercitarse en el supuesto de que la relación de pareja haya quedado disuelta por muerte o declaración de fallecimiento del otro miembro<sup>22</sup>, a la sazón el/la comitente. En cuanto al resto de características, el ejercicio del poder es semejante al poder atribuido por un extraño y por tanto, deberá hacer uso del mismo atendiendo a las condiciones impuestas por el comitente (artículo 35 LDCF), y

---

<sup>21</sup> Las causas de indignidad para suceder se regulan en el artículo 855 CC, de aplicación al caso como derecho supletorio, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3.1º LDCF y el 13.2º CC.

Según el meritado artículo 855 CC, en relación con el 756, 2º, 3º, 5º y 6º CC al que alude expresamente, son indignos para suceder, aquellos en que se reúnan las siguientes circunstancias:

El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes

El que hubiese acusado al testador de delito, al que la ley señale pena no inferior a la del presidio o prisión menor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo

El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior

Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales

Las que dan lugar a pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170

Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge

Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación

Entiendo que las referencias que estos dos artículos se hacen al cónyuge o a los deberes conyugales deben entenderse también extensivas a las parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas del País Vasco.

<sup>22</sup> Es causa de extinción de la relación de pareja, según refiere el artículo 18.c) LPPH la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

podrá ejercitarlo bien a través de actos inter-vivos como mortis causa (artículo 38), salvo prohibición expresa podrá hacer uso del mismo en varios actos (artículo 45 LDCF). Mientras se halle en el uso del poder representará y administrará la herencia (artículo 40.2º LDCF), también podrá designar albacea y contador partidor (artículo 39.2º LDCF) si es que no hubiesen sido designados expresamente por el causante.

Serán causas de extinción del poder:

- a) Expiración del plazo establecido para el ejercicio del mismo (artículo 48.1º LDCF)
- b) Muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida (artículo 48.2º LDCF)
- c) Sobreviviendo ambos miembros de la pareja, por concurrir causa de extinción de la relación de pareja (artículo 48.3º LDCF)<sup>23</sup>:

Decisión unilateral de un miembro de la pareja,  
comunicada fehacientemente al otro

Decisión adoptada de común acuerdo

Matrimonio de un miembro de la pareja con tercera persona

---

<sup>23</sup> El artículo 38.3º LDCF establece que el poder testatorio se extinguirá *en el caso del cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio*. Por efecto de lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la LPPH entiendo que del mismo modo debe considerarse causa de extinción del poder testatorio para las parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas del País Vasco el inicio de los trámites administrativos voluntarios que colocan en vías de extinción la relación de pareja, y que se recogen en el artículo 18 LPPH. Supuesto singular es el caso del matrimonio entre los propios miembros de la pareja, que a tenor de lo establecido en el artículo 18.d) LPPH es causa de extinción de la misma, sin embargo a mi juicio resultaría excesivo interpretar rigurosamente este precepto, y entender la misma como causa de extinción del poder entre los miembros de la pareja inscrita; mas aún, cuando una de las singularidades históricas del poder testatorio ha sido precisamente el “alkar poderoso” entre los consortes, parece un sin sentido declarar extinto el poder porque se acaba la relación de pareja cuando ambos miembros optan por una relación de pareja que está sujeta a un mas profusa regulación jurídica, como es el matrimonio.

d) Salvo que el testador hubiese establecido lo contrario, si fallecido el consorte-comitente, el viudo-comisario (artículo 48.4º LDCF):

Contrae matrimonio

Lleva vida marital de hecho<sup>24</sup>

Tiene un hijo/a ajeno a la relación de pareja<sup>25</sup>

e) Renuncia al cargo (artículo 48.5º LDCF)

f) Incurrir para con el causante o sus descendientes en causa de indignidad para suceder (artículo 48.6º LDCF)<sup>26</sup>

g) Causa expresamente prevista al tiempo del otorgamiento del poder (artículo 48.7º LDCF)

h) Revocación del poder (artículo 48.8º LDCF)

*Pareja de hecho no inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco.*

Como ya se ha referido, la pareja de hecho puede no estar inscrita en el Registro de Parejas, bien por imposibilidad, por no reunir lo requisitos legales; o bien por voluntad, esto es por decisión deliberada de los miembros de pareja de no inscribirse. En todo caso, y siguiendo el programa de examen seguido para las parejas inscritas, esta que sigue es la situación posible de aquel vizcaíno aforado miembro de una pareja de hecho no inscrita:

-Como comitente

Los miembros de las parejas de hecho no inscritas que tengan vecindad civil vizcaína aforada solo podrán designar como

---

<sup>24</sup> Obsérvese que la LDCF dice textualmente [...] *lleve vida marital de hecho* [...], lo que como puede verse, no exige que se trate de pareja de hecho inscrita. Entiendo que esta alusión a “vida marital de hecho” incluye tanto a las parejas de hecho inscritas como a las no inscritas; aunque en el caso de las primeras, esto es de las parejas de hecho inscritas tendría también cobertura por la equiparación que de las mismas hace la LPPH en su Disposición Adicional Primera a las parejas casadas.

<sup>25</sup> En este apartado volvemos a recurrir a la equiparación que la Disposición Adicional Primera de LPPH hace de parejas de hecho inscritas a las parejas casadas, ya que el texto literal del artículo 48.4º LDCF dice *tenga un hijo no matrimonial* [...].

<sup>26</sup> Vid. nota 21.

comisario a un extraño; ello es así porque a esta pareja, en tanto que no se halle inscrita en el Registro, no les es de aplicación la LPPH, luego no son aducibles ni el artículo 9 ni la Disposición Adicional Primera.

Ahora bien, a pesar de que la LDCF regula específicamente, en el párrafo segundo del artículo 33.2º LDCFel “alkar poderoso” o poder testatorio recíproco entre los cónyuges, nada impide, como se lleva señalado, que de acuerdo a lo señalado en el artículo 32 LDCF, pueda haber reciprocidad entre quienes no son consortes, de donde puede concluirse que los miembros de la pareja no inscrita podrán designarse comisarios sucesivamente el uno al otro y el otro al uno.

-Como comisario

En tanto que comisario, y de acuerdo a lo que se lleva dicho, el miembro de la pareja que haya recibido estas facultades actuará como comisario de extraño en el ejercicio de su poder. Este actuará ajustándose a lo expresamente establecido con ocasión del apoderamiento (artículo 35 LDCF), y hará uso del mismo, salvo prohibición, en cuantas veces estime pertinente y mediante actos intervivos o mortis causa (artículo 38 LDCF).

En todo caso y salvo disposición contraria del testador, será administrador y representante de la herencia y podrá designar albacea y contador partidor de la herencia.

Este poder recibido de extraño se extinguirá por las siguientes causas:

- a) Expiración del plazo establecido para el ejercicio del mismo (artículo 48.1º LDCF)
- b) Muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida (artículo 48.2º LDCF)
- c) Renuncia al cargo (artículo 48.5º LDCF)

- d) Incurrir para con el causante o sus descendientes en causa de indignidad para suceder (artículo 48.6º LDCF)<sup>27</sup>
- e) Causa expresamente prevista al tiempo del otorgamiento del poder (artículo 48.7º LDCF)
- f) Revocación del poder (artículo 48.8º LDCF)

Tal y como se lleva referido y a diferencia de los supuestos del comisario del miembro de la pareja y del comisario del consorte, que disponen de regulación diferenciada; en los casos de miembro de pareja no inscrita en el Registro como comisario del otro miembro, no hay regulación específica para el ejercicio de este poder, ya que como se viene indicando, el miembro de la pareja es tenido como extraño.

### III.2. VIZCAINO NO AFORADO

#### **Régimen jurídico**

Del mismo modo que referíamos anteriormente, cuando tratáramos de los vizcainos aforados, debemos recordar que la LPPH establece en su artículo 9, que a los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas y que en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho civil foral aplicable en cada caso, podrán nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio.

No debe olvidarse tampoco que en la Disposición Adicional Primera señala que todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi, con anterioridad a la entrada en vigor de la misma se entenderán también hechas a las parejas de hecho.

---

<sup>27</sup> Vid. nota 21.

En este sentido, la aludida ley 3/1992, en su artículo 13 señala expresamente que los vizcainos no aforados podrá testar por comisario, con arreglo a las disposiciones del fuero civil de Bizkaia.

Es manifiesto pues, que los vizcainos no aforados, que sean miembros de una pareja de hecho inscrita podrán acudir al poder testatorio.

Ahora bien, nada impide que los vizcainos no aforados, miembros de una pareja de hecho no inscrita, puedan acudir al poder testatorio, ya que el referido artículo 13 LDCF no establece como requisito para la aplicación del mismo la acreditación de circunstancia alguna relativa al estado civil o a condición de miembro de una pareja de hecho, esté o no inscrita.

### **Supuestos de relación de pareja**

En cuanto al tratamiento o regulación que corresponde en a los vizcainos no aforados, tanto como comitente como comisario, bien sea participe de una pareja de hecho, inscrita, como no inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco, será igual a la detallada para los vizcainos aforados.

Habiendo sido detallado en el apartado anterior referido a los vizcainos aforados y para no reiterar lo ya señalado, se omite su reproducción.

#### III.3. AYALÉS

### **Régimen jurídico**

El caso de los vascos de vecindad civil ayalesa es distinto respecto de los anteriormente mencionados como a continuación se detallará.

A este respecto debe ponerse de manifiesto que a pesar de que la LPPH del País Vasco, en su artículo 9 reconoce que las pare-

jas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas, y en relación a su régimen sucesorio podrán disponer de sus bienes nombrándose comisario de modo recíproco, debe tenerse en cuenta también que el mismo artículo señala que ello lo será en función del derecho civil aplicable al caso; lo que en un lenguaje coloquial podríamos definir como que la vigencia del poder testatorio entre las parejas de hecho depende de la vecindad civil de los miembros de la pareja.

En el caso de quienes tengan vecindad civil ayalesa, deberá estarse a lo que diga al respecto su ley civil personal, esto es el Fuero de Ayala, contenido en el Libro segundo, Título I de la Ley 3/1992. La ausencia de regulación del poder testatorio en el Fuero de Ayala impide pues que, quienes tengan la vecindad de este territorio, puedan acogerse a este institución.

Ahora bien, no debe olvidarse que el derecho común, según lo establecido en el artículo 3 LDCF y 13 del CC, es derecho supletorio del fuero de Ayala, y que el CC, mediante la nueva regulación del artículo 831, pone a disposición de los ayaleses una institución que permite efectos próximos al poder testatorio y que a continuación se referirá.

## **Supuestos de relación de pareja**

Aun y cuando de una primera lectura del referido artículo 831 puede pensarse que este precepto está exclusivamente pensado para los matrimonios<sup>28</sup>, un examen detallado del mismo nos

---

<sup>28</sup> Así por ejemplo el párrafo primero del apartado primero este artículo dice que *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge [...]*; en el párrafo segundo dice a continuación *estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge [...]*; el párrafo tercero recoge la siguiente expresión: *las disposiciones del cónyuge [...]*; por su parte el apartado segundo comienza diciendo que *corresponderá al cónyuge [...]*; el apartado cuarto dice señala que *la concesión al cónyuge [...]*; el apartado quinto indica que *las facultades conferidas al cónyuge [...]*. Como puede verse, la evidencia de la redacción de los distintos apartados de este artículo lleva sin duda a pensar que esta institución está reservada a los miembros de una pareja que hayan contraído matrimonio.

lleva a concluir que ello no es así, y que su regulación puede ser igualmente extensible a quienes conviven de forma análoga a la matrimonial.

Así se infiere de lo establecido en el apartado sexto de este artículo, cuando establece que las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas no estén casadas entre sí, pero tengan descendencia común. Luego, las parejas que tengan descendencia común, aún sin estar casadas, podrán acudir a lo establecido en el artículo 831 del CC.

Siendo esto así, y no exigiéndose requisitos específicos en orden a la referida convivencia matrimonial, el hecho de que la pareja se halle o no inscrita en el Registro de Parejas de Hecho del País Vasco resulta una cuestión intrascendente, siendo igual la posición de unos y de otros. Es por ello que el examen que a continuación se presenta de la institución no entra a matizar si se trata de pareja inscrita o no inscrita y se limita a examinar la posición del miembro de la pareja de hecho como poderdante y como apoderado.

-Como poderdante<sup>29</sup>

En tanto que poderdante el no existe ningún impedimento para que el miembro de la pareja, esté inscrita o no, apodere al otro miembro de la misma.

Nada impide tampoco que el poder sea recíproco, esto es que uno apodere al otro y viceversa.

---

<sup>29</sup> A pesar de que el artículo 831 CC no atribuye una denominación específica a quien da el poder y a quien lo recibe, a diferencia de la LDCF que ha consolidado el término de “comisario foral”, he optado por denominar la situación de quien apodera y quien es apoderado según la terminología de uso corriente, esto es como “poderdante” y como “apoderado”, a riesgo de que pueda ser discutido su empleo por la doctrina civilística.

-Como apoderado

El apoderado o persona que reciba el poder para designar sucesor en los términos previstos en este artículo, deberá hacer uso del poder eligiendo entre los hijos o descendientes comunes<sup>30</sup> (artículo 831.1.1<sup>a</sup> CC).

No obstante, parece que también cabe mejorar a descendientes que no sean comunes o a extraños, así se infiere de la redacción del 831.4, cuando dice que *el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades para actuar [...]*<sup>31</sup>. Luego puede concluirse que el apoderado no se halla limitado exclusivamente a elegir entre los descendientes comunes.

El ejercicio del poder podrá realizarse en uno o varios actos, bien sean simultáneos o sucesivos (artículo 831.1.2<sup>a</sup> CC); pero mientras no haga uso del poder el apoderado será administrador de la herencia (artículo 831.2 CC).

El poder se extinguirá caso de no ejercitar el poder dentro del plazo que le haya establecido el poderdante (artículo 831.1.2<sup>o</sup> CC); a falta de plazo expresamente establecido por el comitente,

---

<sup>30</sup> Obsérvese que la redacción del artículo 831.1.1<sup>a</sup> dice *podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de hijos o descendientes comunes mejoras [...]*. De ello caben extraerse dos conclusiones, en primer lugar que pueden mejorarse los descendientes en primer grado en la línea recta (hijos) y otros descendientes comunes en otros grados (nietos, bisnietos, etc); en segundo lugar, la redacción somete al apoderado a una disyuntiva caso de concurrir al mismo tiempo hijos y otro tipo de descendientes comunes, ya que se emplea la expresión “hijos o descendientes” y no “hijos y descendientes”, no puede mejorar al mismo tiempo a descendientes comunes de primer grado en la línea colateral y de otros grados, y deberá optar por unos o por otros.

<sup>31</sup> A mi juicio la redacción de este párrafo pretende dar cabida al supuesto caso en que el poderdante-causante hubiese estado casado en segundas o ulteriores nupcias y tuviese descendencia propia y no común con su último consorte-apoderado, con el que pudiera haber tenido o no descendencia común.

el poder se extinguirá por transcurso de dos años a contar desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del menor de los hijos comunes<sup>32</sup>.

En principio, y salvo dispensa por el propio poderdante, son también causas de extinción del poder, las previstas en el artículo 831.5º CC, y que consisten en:

- contraer ulterior matrimonio,
- mantener relación de hecho análoga al matrimonio<sup>33</sup>, o
- tener un hijo no común<sup>34</sup>

#### III.4. GUIPUZCOANO

##### **Régimen jurídico**

De nuevo debemos recordar que lo que señala el artículo 9 de la LPPH y la Disposición Adicional Primera de la Ley, y que

---

<sup>32</sup> De la redacción del artículo 831 CC se deduce que se trata de un plazo de caducidad, cuyo cómputo no se detiene ni se interrumpe, como en la prescripción.

<sup>33</sup> Obsérvese que el artículo 831.5º CC no exige que se trate de una pareja de hecho formalmente constituida, sino que para el legislador estatal basta con que se trate de una relación de hecho, análoga a la matrimonial, en la que, a mi juicio, caben incluso las parejas de hecho no formales, o lo que en el caso de la comunidad Autónoma del País Vasco venimos denominando parejas de hecho no inscritas en el Registro.

<sup>34</sup> Como puede apreciarse esta circunstancia de tener un hijo después de extinta la relación matrimonial o de pareja por fallecimiento de otro consorte/miembro de pareja, no se convierte en causa de extinción del poder, sino que lo limita al supuesto de que se trate de un hijo no común. Se observa conexión entre la redacción de este párrafo con el siguiente, el que establece la vigencia de las disposiciones del presente artículo para las personas no casadas que tengan descendencia común; ciertamente si en el párrafo sexto se reconoce como elemento aglutinante y justificante de la atribución de los poderes para testar del mismo artículo a quienes tengan descendencia común, guarda cierta lógica que tener descendencia no común suponga causa de extinción del poder. Por otra parte y para conocer el alcance de esta causa de extinción del poder por tener descendencia no común deberá tenerse en cuenta lo establecido en artículo 116 CC, que presume como hijo del marido (en este caso se haría extensivo al miembro de la pareja) al nacido antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges.

permiten la vigencia del poder testatorio en función de la vecindad civil de los miembros de la pareja de hecho.

Conocida la vigencia del Fuero Civil de Gipuzkoa, según redacción del libro III de la LDCF, y reconocido el poder gestatorio, en los artículos 164 a 171, puede afirmarse que aquellos miembros de parejas de hecho que reúnan la condición civil de guipuzcoanos podrán acogerse al poder testatorio, pero en la regulación propia que le da el Fuero Civil de Guipúzcoa, que no el de Bizkaia que se ha visto con antelación.

### **Supuestos de relación de pareja**

*Pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco.*

-Como comitente

Como comitente, solo podrá designar comisario al miembro de la pareja (artículo 164.1<sup>o</sup> LDCF), al que deberá indicar el grupo de personas entre los que deba designar sucesor (artículo 164.2.1<sup>a</sup> LDCF); de no hacerlo, la ley limita el campo de los llamados a entre los que deba hacerse la elección a los herederos forzosos al momento del fallecimiento del causante (artículo 164.2.2<sup>a</sup> LDCF)<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> LDCF. Artículo 164.1: *El causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio.*

2. *El nombramiento de comisario únicamente será válido en los dos siguientes supuestos:*

1<sup>o</sup>) *Si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las que ha de efectuarse la designación.*

2<sup>o</sup>) *Si, a falta de señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos.*

3. *En el supuesto referido en el número 2<sup>o</sup> del apartado anterior, el comisario deberá realizar la designación de sucesor o sucesores entre las personas que ostentaren la condición de herederos forzosos al momento del fallecimiento del causante o entre cualesquiera descendientes de éste, aún cuando vivan sus ascendientes y aquellos hubiesen nacido con posterioridad al óbito del causante. [...]*

-Como comisario

Al establecer que solamente podrá designarse comisario al consorte, o al miembro de la pareja, en virtud de lo establecido por la LPPH, queda excluida toda posibilidad de que le comisario actúe como agente de un extraño.

En tanto que representante de la voluntad del consorte fallecido, el comisario deberá ejercitar el poder de acuerdo a las condiciones establecidas por el comitente (artículo 166.1 LDCF), y administrará la herencia en ausencia de administrador expresamente designado por el comitente (artículo 168 LDCF).

El poder del comisario se extinguirá por las siguientes causas:

- a) Expiración del plazo establecido para el ejercicio del mismo (artículo 171.1º LDCF)
- b) Muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida (artículo 171.2º LDCF)
- c) Sobreviviendo ambos miembros de la pareja, por concurrir alguna de las causas de extinción de la relación de pareja (Artículo 171.3º LDCF)<sup>36</sup>:
  - Decisión unilateral de un miembro de la pareja, comunicada fehacientemente al otro
  - Decisión adoptada de común acuerdo
  - Matrimonio de un miembro de la pareja con tercera persona
- d) Si fallecido el consorte-comitente, el comisario-viudo:
  - Contrae matrimonio
  - Lleva vida marital de hecho<sup>37</sup>
- e) Renuncia al cargo (artículo 171.4º LDCF)

---

<sup>36</sup> Véase nota 23.

<sup>37</sup> Véase nota 24. Sobre este mismo asunto, debe tenerse en cuenta que mientras que en el Fuero Civil de Bizkaia (artículo 48.4 LDCF), tener un hijo no común (*no matrimonial*, en expresión propia del referido artículo) puede dar lugar a la extinción del poder, esta circunstancia no se contempla en el Fuero Civil de Gipuzkoa.

- f) Incurrir para con el causante o sus descendientes en causa de indignidad para suceder (artículo 48.6º LDCF)<sup>38</sup>
- g) Causa expresamente prevista al tiempo del otorgamiento del poder (artículo 171.7º LDCF)
- h) Revocación (artículo 171.8º LDCF)

*Pareja de hecho no inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco.*

Si se tratara de una pareja de hecho no inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco, no serían aplicables los artículos 164 y siguientes LDCF, ya que el apoderado no es cónyuge ni asimilable al mismo en virtud de la Disposición Adicional de la LPPH.

Ahora bien, ello no quiere decir que los miembros de una pareja de hecho no inscrita, que sean guipuzcoanos y quieran disponer de sus bienes, incluso del caserío, no puedan acudir a un instrumento equiparable.

En virtud de las reglas de supletoriedad que ya se han referido, el CC suple al derecho foral, con lo que estos guipuzcoanos podrán acudir a la regulación del artículo 831 CC, siempre y cuando, de acuerdo a lo establecido en el punto sexto de este artículo, tengan descendencia común.

Se tratará, en suma, del mismo caso en que se hallan los ayaleses, y que por no abundar en lo ya explicado obviamos su reproducción.

No bastante y para finalizar en lo que se refiere a los miembros de pareja no inscrita que sean guipuzcoanos de vecindad civil, solo me queda añadir que carecerán de cualquier opción, bien sea la foral, bien sea la del derecho común, aquellos guipuzcoanos, miembros de pareja de hecho que carezcan de descendientes comunes.

---

<sup>38</sup> Véase nota 21.

### III.5. “VASCOS DE DERECHO COMÚN”

#### III.5.1. *Régimen jurídico*

Tal y como se indica en el apartado II.1.3. de esta comunicación, la suma de los distintos espacios territoriales en que rigen los fueros civiles que se regulan en la Ley de Derecho Civil Foral no abarca la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, quedando, como se viene señalando, espacios territoriales en que rige el derecho común, de modo que los vascos que residen en el mismo quedan sujetos a esta vecindad civil.

El artículo 9 de la LPPH, y como venimos reiterando, vincula la posibilidad de que los vascos puedan acudir al poder testatorio a la ley civil que les es aplicable. Como ya se ha señalado el CC no dispone de regulación propia sobre el poder testatorio, con lo que es evidente que a los vascos que estén sujetos a esta vecindad les está vedado acudir a esa institución.

#### **Supuestos de relación de pareja**

No obstante lo anterior y como ya se ha referido en el caso de los ayaleses, disponen de los medios previstos en el artículo 831 del CC, y que por no reincidir en lo ya referido evitamos reproducir a continuación.

### **4.- CONCLUSIONES**

Como puede verse por la presente comunicación, quienes tengan vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma del País Vasco les serán aplicables las leyes civiles que les correspondan, en función de las vecindades civiles que les correspondan.

En este sentido, debe recordarse que hay cuatro vecindades civiles específicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, recogidas en la ley 3/1992 y que responden a regulaciones civiles específicas de distintos territorios del País Vasco.

Estos cuerpos normativos no abarcan todo el espacio físico de la Comunidad, de donde resulta que una parte del mismo, queda sujeto al llamado derecho común y quienes habiten en el mismo ganarán aquella vecindad civil; los demás tendrán la vecindad civil de cada uno de los territorios vascos, según su vecindad civil.

De todo ello resulta que territorialmente y en el ámbito de esta comunidad autónoma se conocen cinco vecindades civiles:

Vizcaino aforado  
Vizcaino no aforado  
Ayalés  
Guipuzcoano  
“Vasco de derecho común”

De los fueros recogidos en la LDCF, el de Bizkaia y el de Gipuzkoa disponen de regulaciones sobre el poder testatorio. El resto no dispone de regulación específica.

Las circunstancias que pueden darse, en relación con los miembros de las parejas de hecho, atendiendo a sus respectivas vecindades civiles y en relación con los poderes testatorios vascos y el nuevo artículo 831 del CC son las siguientes:

1. Los que sean de vecindad vizcaína en sus dos vertientes (aforada o no aforada) así como para los guipuzcoanos, podrán acudir a los poderes testatorios en igual condición que los casados, siempre y cuando se hallen inscritos en el registro de Parejas de hecho del Gobierno Vasco.

2. Los vizcainos, aforados y miembros de pareja de hecho no inscrita podrán actuar como comisario de extraño, pero nunca como comisario foral de consorte.

3. El resto de los vascos que quieran disfrutar de los efectos de una institución semejante deberán acudir a lo dispuesto en la nueva regulación del artículo 831 CC. En este grupo se incluyen:

Guipuzcoanos de vecindad civil, miembros de pareja de hecho no inscrita, siempre que tengan descendencia común

Ayaleses de vecindad civil que sean miembros de pareja de hecho inscrita o no inscrita, siempre que tengan descendencia común.

Vascos de vecindad de derecho común, miembros de pareja de hecho inscrita o no inscrita, siempre que tengan descendencia común.

4. No podrán acudir ni a los poderes testatorios de Bizkaia, ni al de Guipúzcoa ni a lo previsto en la nueva redacción del artículo 832 del CC:

Ayaleses, que no tengan descendencia común

Guipuzcoanos de parejas de hecho no inscrita sin descendencia común

“Vascos de derecho común”, que no tengan descendencia común, estén o no inscritos como pareja de hecho en el Registro de Parejas del País Vasco.

***Xabier Aurrekoetxea***



**INSTANTANEAS  
DE LAS  
JORNADAS**









