

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 oportu-

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-, acogiendo 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.^a Arzanegui Sarricolea