

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^a 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^a. 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 sobreviviere 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^a. 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^a. 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^a 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 aquélla 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.