

# **“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 partidador 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-partidador 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 transmisión: 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 tercer 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, entendiendo 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 conservara 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 desplegara 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***