

# Podereb testatorios y discapacidad en Derecho Civil Vasco

JESÚS J. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ

Doctor en Derecho y Abogado

Zuzenbideko doktorea. Abokatua

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 12/12/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 6/07/2022

**Resumen:** La trasposición al ordenamiento jurídico español de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, supone la correlativa adaptación de la sucesión por Comisario sujeta a la Ley de Derecho Civil Vasco, pero también realza esta institución como útil para proteger al discapaz.

**Palabras clave:** poder testatorio; discapacidad.

**Testamentu-ahalordeak eta desgaitasuna Euskal Zuzenbide Zibilean**

**Laburpena:** Desgaitasuna duten pertsonen eskubideei buruzko Hitzarmena, 2006ko abenduaren 13an New Yorke egina, Espainiako ordenamendu juridikora sartu da ekainaren 2ko 8/2021 Legearen bitartez. Ildo horretatik, Euskal zuzenbide zibileko Legean ere komisario bidezko oinordetza egokitu behar da baina, aldi berean, oinordetza mota horren baliagarritasuna agerian uzten du desgaitasun babesteko orduan.

**Gako-hitzak:** testamentu-ahalordea; desgaitasuna.

**Testatory powers and disability in Basque Civil Law**

**Abstract:** The transposition to Spain's internal regulation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted on 13 December 2006 through the Law 8/2021, on 2 June, imposes the adaptation of the Power of appointment under the Basque Civil Law, but also highlights this institution as useful to protect the person with disabilities.

**Key words:** power of appointment, disability.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN. EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL TESTAMENTO Y SU ALCANCE. II.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL CAUSANTE. III.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL COMISARIO. IV.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. LOS SUCESORES. V.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. REQUISITOS OBJETIVOS. VI.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EFECTOS PENDIENTE SU EJERCICIO. VII.- DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EXTINCIÓN.



## I. INTRODUCCIÓN. EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL TESTAMENTO Y SU ALCANCE

La Ley 5/2015 (Parlamento Vasco), de 25 de junio de Derecho Civil Vasco –LDCV– instaura por primera vez un mínimo común denominador del Derecho civil aplicable en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que es fundamentalmente, un Derecho sucesorio.

Frente al carácter personalísimo, indelegable, de la ordenación de la sucesión testamentaria en Derecho común (art. 670 CC), la LDCV conserva y refuerza el poder testamentario que arranca del Fuero Viejo de 1452, continúa en el Fuero Nuevo de 1526, sigue en la Compilación y en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco y que extiende la LDCV a todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

No hemos de perder de vista que la aplicación supletoria del Derecho Común (art. 4.3 CC, art. 3 LDCV) nos lleva a que fuera de los cauces expresamente previstos en dicha LDCV no se va a permitir lo prohibido en el art. 670 CC que debemos traer a colación: "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. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente".

**1.- "El testamento es un acto personalísimo"**, lo que en palabras de LACRUZ<sup>1</sup> supone que la voluntad manifestada en él debe ser la del testador y no la de otro, por lo que añade "Tampoco permite, sin duda, la asistencia a personas de capacidad limitada: en tema de ordenación de últimas voluntades, ni se requiere complemento de capacidad, ni aun se tolera, pasándose

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y Fco. de Asís Sancho, *Derecho de sucesiones*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 707.

de la ineptitud absoluta a la capacidad plena, sin estadios intermedios. Es improbable la validez de un testamento que se hiciera con tal asistencia”.

**2.- “no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero”.** Se excluye en palabras de dicho autor toda colaboración directa de un tercero con la voluntad del testador, no así el consejo y ayuda extraños en la preparación del acto de testar. O, en palabras de PUIG PEÑA,<sup>2</sup> se excluye la *actuación no autónoma*, esto es, “cuando el tercero interviene en el mismo sentido del testador ayudándole a la ordenación no puede decirse que esté prohibido” y cita la posibilidad legal de que el testamento cerrado pueda ser escrito por un tercero, la intervención de testigos en el testamento del ciego, la cooperación pre testamentaria que pueden hacer los familiares e incluso el mismo Notario, los terceros intervienen, “como decimos, en el mismo sentido del testador y vienen a actuar como una especie de auxiliares del otorgamiento (...) aunque naturalmente pueda mediar como antecedente de la ordenación determinados consejos o apuntes morales de terceras personas siempre que los mismos no interfieran la espontaneidad y libertad de la manifestación de voluntad”.

Precisamente por ello, en el otorgamiento del testamento no cabe la *heteronomía*, el efecto característico que la representación legal supone, la necesaria imposición de la voluntad del representante a propia del representado<sup>3</sup> de modo que la primera es la única que puede emitir declaraciones que vinculen a aquél, sin que la suya propia le vincule.

---

<sup>2</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I. *Teoría general de sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 205 y 206.

<sup>3</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I. *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 204: “Dos supuestos distintos comprende este primer párrafo del art. 670 relativo a la confección del testamento: la sustitución en la declaración y la representación de la voluntad del testador por una tercera persona. La personalidad del acto impide que un extraño nos sustituya en nuestra emisión de voluntad”.

No obstante, se apuntaban como excepciones clásicas la sustitución pupilar y ejemplar previstas en los art. 775<sup>4</sup> y 776<sup>5</sup> CC. Un sector de la Doctrina<sup>6</sup> y la Jurisprudencia entiende que cuando el ascendiente hace testamento por el sustituido menor o incapaz, los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido en todos los bienes de éste, no sólo respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz, por lo que es evidente el juego de la representación. En la segunda concepción no hay delegación alguna en la ordenación de la sucesión, puesto que el ascendiente sustituyente u ordenante, regula la suya propia, el destino de sus propios bienes, siempre para el caso que el sustituido le sobreviva<sup>7</sup>.

La derogación del art. 776 CC por la Ley 8/2021 refuerza la percepción de que constituía una representación legal *heteronómica* otorgada por la ley a favor del ascendiente del incapaz, por lo que dicha opinión sigue siendo válida, con más fuerza, si cabe, respecto de la sustitución ejemplar (art. 775 CC). En fin, la D.T<sup>a</sup>.4<sup>a</sup> de dicha Ley 8/2021 muta la sustitución

---

<sup>4</sup> Art. 775 CC “Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”.

<sup>5</sup> Art. 776 CC “El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

<sup>6</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. Sucesiones. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 204. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*. Tecnos, Madrid, 1992. ISBN: 84-309-2258-X, pp. 35. ALBALADEJO GARCÍA, José Luis. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2. EDERSA, Madrid, 1984. ISBN 84-7130-462-7 - ISBN 84-7130-216-0, pp. 52. Cfr. STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 07-11-2008 (Ponente Gullón Ballesteros), STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 14-04-2011 (Ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ) y la RDGRN de 10-05-2018.

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*. Bosch, Barcelona 1981. ISBN 84-7294-145-0, pp. 362. Cfr. RDGRN de 06-02-2003.

pupilar para los sustituidos fallecidos tras la entrada en vigor de la misma (03-09-2021), de modo que no suple el testamento del discapaz/sustituido, y se muta *ope legis* por una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida.

### 3.- “ni hacerse por medio de comisario o mandatario”

3.1. *No cabe la figura del apoderado, comisario ni mandatario.* DÍEZ-PICAZO<sup>8</sup> identifica *comisarios*, como los dotados de un poder testamentario que haya de cumplirse o ejecutarse post mortem; *mandatarios*, los que tienen un poder o un mandato que haya de cumplirse ante mortem; ni tampoco los *arbitradores* quienes puedan integrar o rellenar las lagunas o las remisiones de la declaración de voluntad del propio testador, esto último con la excepción que permite el art. 671 CC<sup>9</sup>.

3.2. *No cabe la figura del heredero de confianza*, prohibida por el art. 785.4º CC conforme al cual no surtirán efecto las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los

<sup>8</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1979. ISBN: 84-7398-086-7, pp. 89.

<sup>9</sup> La referencia del art. 670 CC al “arbitrio”, no sólo a la nuda voluntad de un tercero, sino como se infería de la redacción del art. 831 CC anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, dejar a un “hombre bueno” o arbitrador una suerte un arbitrador que a partir de la voluntad de ordenar la sucesión expresada por el testador, de a ésta el último impulso, elección de sucesores finales entre cierto elenco o de sus partes respectivas, ejecutando lo que en técnica actual y jurídico-administrativa denominaríamos un “acto debido” (“en cuanto que necesariamente «debe» otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable” que sería el deseo del testador, lo que recortaría las posibilidades de elección en términos de personas, objeto y tiempo de ejercicio) que permitiría disposiciones tales como la selección de sepultura; elección entre personas de clases determinadas (p.ej. los pobres), mejora o señalamiento de legados, pero no la institución, pervivencia o sustitución de la institución de heredero.

aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador. Y en dicha desconfianza están prohibidas las *memorias testamentarias* (art. 672 CC).

3.3. *Ni siquiera cabe la figura del nuntius* o mero mensajero<sup>10</sup>, si bien cabe en ciertos testamentos especiales<sup>11</sup> personas que recogen la expresión verbal de la última voluntad y la trasladan luego a un documento o a un funcionario, que la legislación llama en puridad testigos (Cfr. testamento “hil buruko”, art. 23 y ss. LDCV y testamentos en peligro de muerte, art. 700 y 720 CC).

**4.- El carácter personalísimo de la aptitud para testar se da, tanto en el aspecto positivo o activo, como en el pasivo** “Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios” según el propio art. 670 CC, ni aun de modo condicionado a la voluntad de un tercero (art. 792 CC).

**5.- Tampoco se le puede dejar a un tercero la facultad distributiva**, o sea, “la designación de las porciones en que hayan de suceder” cuando los herederos sean instituidos nominalmente (art. 670, pfo. 2º CC). Como clásicas excepciones se citan *la fiducia sucesoria* del art. 831 CC y el art. 671 CC<sup>12</sup> (que se entiende como sólo la autorización de

---

<sup>10</sup> Excepciones en Derecho autonómico son: ley 282 CDCFN Navarra. Para pactos sucesorios se admite el “nuntius” o mensajero en art. 73 y ss. CDCBaleares, art. 431-7.3 CCCataluña y art. 212 LDCGalicia.

<sup>11</sup> Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 90.

<sup>12</sup> Art. 671 CC. “Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse”. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor*

distribución de especie entre los legatarios y no entre herederos). Las *disposiciones del causante a favor del alma y obras pías* (art. 747 CC) no son propiamente una excepción<sup>13</sup>.

**Como primera conclusión, entendemos que el art. 30 LDCV es una enmienda a la totalidad del art. 670 CC al decir “El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan**

*a través de tercero*, obra cit., pp. 109: a) para MANRESA y Díez-PICAZO el art. 670 CC sólo proscibiría la elección por tercero entre los designados nominalmente, mientras que el art. 671 CC permitiría tal designación únicamente entre las de una clase. b) Para LACRUZ y ROCA SASTRE se trata de una sucesión “mortis causa”, pero sólo a título particular. Ésta parece ser la opinión aceptada en nuestra doctrina, siendo fundamento de ello el que en el precepto se hable de “cantidades”.

<sup>13</sup> Art. 747 CC: “Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia”. No son propiamente una excepción como defendió de modo brillante GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-572-0-ISBN 84-7130-216-0, pp. 39. Rechazada la antigua Jurisprudencia que consideraba que el alma era heredera, hay autores que defienden que es una institución o legado “sub modo”, rechazable como los que lo explican como una sustitución fideicomisaria porque no hay intermediario en la transmisión, aunque alguna antigua RDGRN permitía la inscripción de inmuebles a favor del albacea. Y concluye: “En mi opinión, queda suficientemente señalado el sentido del artículo 747 del Código civil, que incluido entre las «formas genéricas de instituir herederos, la verdad es que no es otra cosa que la previsión legal, limitada de manera exclusiva para el caso que el precepto recorta, en cuanto al destino de un patrimonio (en todo o en parte) que al hacerlo el testado indeterminadamente y sin especificar su aplicación, la propia Ley suple, con independencia de que se les llame «sucesores sui generis» o beneficiarios con carga modal”. A partir de ahí el albacea no tiene la *institutio*, sino la mera *executio* consistente en dos funciones sucesivas: a) vender los bienes, y b) distribuir su importe en la forma que la Ley le señala.

en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”, complementado con el art. 33.1 LDCV (“El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testamentario, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio”). Aunque es más que dudosa que suponga prohibición de dejar la subsistencia de las instituciones ordenadas por el causante al arbitrio de un tercero pues el art. 33.1 LDCV sólo prohíbe modificar el poder testamentario “bajo ningún concepto”, no el testamento.

## II. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL CAUSANTE

Hay tres tipos de personas afectadas por el poder sucesorio: el causante o comitente, el comisario y el sucesor. El causante es aquélla persona de cuya sucesión se trata (art. 17 LDCV, art. 657 CC), quien otorga el poder testamentario, para lo que ha de estar autorizado por ley para poder otorgar el poder testamentario, legitimación (cfr. art. 10 LEC) y tener la capacidad precisa al efecto (art. 29 y 662 ss. CC).

**1. Legitimación.** Entiende la Doctrina unánimemente<sup>14</sup> que el poder testamentario no es una forma de testar, no le es aplicable el art. 11 CC,

---

<sup>14</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *Vizcaya y su Fuero Civil*. Aranzadi, Pamplona, 1965. ISBN 978-84-7016-021-9, pp. 275. ASTORQUI (de) ZABALA, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*. Aranzadi, Bilbao, 1964, pp. 94. TAPIA PARREÑO, José Jaime. “Ámbito de aplicación territorial y personal del derecho civil vasco”. En *Derecho Civil Foral Vasco*, CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 92, quien cita la STS de 17-06-1957. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testamentario”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 143. URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup>. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia Badiola (coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmase-

estatuto formal, sino que es una cuestión relativa al estatuto personal del testador (art. 9.8 y 14 CC), por lo que se exige que el testador tenga vecindad civil vasca u otra que lo permita.

IRIARTE DE ÁNGEL y URRUTIA<sup>15</sup>, señalan como excepción el Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo que permite que una persona sin nacionalidad española ni vecindad civil vasca que pudiera otorgar poder testatorio, ora si ha efectuado “*professio iuris*” al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Añade OÑATE<sup>16</sup> que “En el caso de españoles o extranjeros con doble nacionalidad, podrán optar por cualquiera de las leyes anteriores (art. 22.1.11 R. (UE) 650/2012)”.

---

da (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 345. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. En “Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 227. GRANADOS DE ASENSIO, Diego María. “Disposición Transitoria Primera. Conflictos intertemporales”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia Badiola (coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 1124.

<sup>15</sup> IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. En “Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 30-40. URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup>, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 354.

<sup>16</sup> OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103 En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia Badiola (coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 787.

En tal caso, la capacidad del causante se regirá no por su ley personal (art. 9.8 CC), sino por la ley aplicable conforme dicho Reglamento (UE) 650/2012, puesto que disponen sus art.24, 25 y 26.1.a) que esta ley regula los requisitos de validez de los pactos sucesorios y otros instrumentos regulatorios de la sucesión, entre ellos los de la capacidad del otorgante, si bien una modificación ulterior de la ley aplicable no afectará a su capacidad para modificar o revocar dicha disposición.

## 2. Capacidad, testamentaria y en general

2.1. *Situación hasta el 03-09-2021.* La capacidad por razón de la edad no ha variado, pues exige tener 14 años (art. 663.1º CC). Cumplida dicha edad, se exigía la *capacidad natural* para testar. De esta manera se distinguía (MORENO QUESADA)<sup>17</sup> entre tres supuestos de incapacidad de hecho de los que nos importan aquí dos<sup>18</sup>:

---

<sup>17</sup> MORENO QUESADA, Bernardo. “La edad de la persona”. En Fco. Javier Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-917-3, pp. 100 y 101.

<sup>18</sup> La tercera es el grupo de enfermedades o defectos físicos, que repercuten en que las personas que los padecen, y por razón de su enfermedad, no estén en condiciones de llevar a cabo determinados actos: por ej., testificar sobre hechos cuyo conocimiento dependa de la vista o del oído. Según dicho autor, la reacción del Ordenamiento ante esta circunstancia, es prohibir a los que padezcan tales enfermedades que lleven a cabo dichos actos. Así lo hacía el art. 681.2 CC que prohibía a los ciegos, y a los totalmente sordos, ser testigos en los testamentos otorgados por otras personas, con sanción de nulidad en caso de contravención (art. 687 y 743 CC), norma que ha sido suprimida por la Ley 8/2021. En cambio la idoneidad para ser testigos regulada por el art. 361 LEC no ha sido modificada: “Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”.

2.2.1. *Perturbaciones mentales o psíquicas de carácter transitorio que, mientras duren, privan al que las padece del entendimiento y/o la voluntad necesarios para realizar eficazmente un acto jurídico*; tal es el caso de los que se encuentren antes del 03-09-2021 bajo los efectos de una embriaguez etílica, o de los efectos de la droga o del síndrome de carencia, o de la hipnosis, etc., en cuyos momentos ha de estimarse que, según la expresión del Código, “no se encuentran en su sano o cabal juicio”, ex art. 663.2º CC antes de la reforma del Código civil por la Ley 8/2021. Los actos efectuados en tales circunstancias pueden ser declarados nulos, pero una vez pasados los efectos de la perturbación, la persona de que se trate podrá, sin más, realizar válidamente cualquier tipo de acto que sea propio de su esfera de actuación.

2.2.2. *Enfermedades o defectos físicos o psíquicos de carácter permanente y de una entidad que impide al sujeto actuar con validez jurídica, por faltarle habitualmente la inteligencia y/o la voluntad necesarias*. Se manifestaba en la falta de capacidad judicialmente declarada o incapacitación definida por el art. 200 CC “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. En tales casos, el Ordenamiento considera que ha de adaptarse una medida duradera, que, además de proteger a la persona aquejada de ese padecimiento, evite la necesidad de recurrir a la anulación, dada su falta de suficiente juicio, cada vez que el sujeto participe en un acto jurídico; porque podrá hacerlo, a pesar de tal padecimiento, todo aquél que no haya sido objeto de tal medida preventiva, que es la llamada incapacitación” (MORENO QUESADA)<sup>19</sup>.

De esta manera antes de la reforma por Ley 8/2021 o bien la sentencia de incapacitación prohibía testar al incapaz o nos remitíamos al art. 665 CC: “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenía pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

El testamento cuyo otorgante no tuviere la mínima capacidad necesaria era nulo (art. 6.4, 663 y 743 CC). El testamento otorgado por el incapacitado sin cumplir con el citado art. 665 CC era nulo. Y si la incapacitación era de hecho, había de recurrirse a la declaración judicial de nulidad con la correspondiente prueba al efecto, si bien en el habitual testamento notarial el juicio de capacidad del Notario la presumía *iuris tantum* (art. 17 bis.2.a) de la Ley del Notariado) “y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre “cumplidamente” en vía judicial su incapacidad, destruyendo la “enérgica presunción *iuris tantum*” (STS, Sala 1ª, de 27-01-1998 y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 18-01-2018).

*2.2. Situación desde el 03-09-2021.* Ahora la ley dice simplemente que “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente” (art. 662 CC). Y no pueden conforme al actual art. 663 CC “: 1º.- La persona menor de catorce años. 2º.- La persona que en el momento de testar no pueda *conformar* o *expresar* su voluntad ni aun con ayuda de *medios* o *apoyos* para ello”.

El concepto de discapacidad no viene en el Código civil, por lo que recurriremos al pfo. 2 del art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Como ya no hay meras prohibiciones o declaraciones de incapacidad (art. 269 CC y D.Tª. 5ª Ley 8/2021), sea la discapacidad ocasional o más continuada (las medidas de apoyo deben ser revisadas trianualmente, excepcionalmente cada seis años, art. 268 CC y D.Tª.), debemos recurrir

al art. 665 CC: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda *comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones*. El Notario *procurará* que la persona otorgante desarrolle su *propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento* y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”. Por lo tanto:

2.2.1. De la persona mayor de edad que sufra deficiencias físicas o síquicas ya no podrá decirse tras la Ley 8/2021 que esté sujeta a un estado civil de incapacitado, tanto porque la palabra se ha borrado del lenguaje jurídico del Código civil, como que toda situación de objetiva discapacidad se reconduce al establecimiento de un régimen de “medidas de apoyo” que deben ser revisadas.

El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª de 08-01-2021). La presunción *iuris tantum* de capacidad de los mayores de edad, que ya no encontramos en el art. 199 CC en la redacción anterior a la Ley 13/1983, sino en el art. 249 CC en su actual redacción: “Las medidas de apoyo (...) de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

2.2.2. La persona discapaz puede testar si puede conformar o expresar su voluntad con ayuda de medios o apoyos para ello (art. 662.2º CC). No es óbice para ello *prima facie* que esté sujeto a tutela, sea representativa o no, en abstracto, como demuestra la prohibición del art. 753 CC para el medio de apoyo estable más radical: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela...”.

Así la Jurisprudencia habla de “capacidad mínima indispensable para otorgar testamento” –ATS, Sala 1ª, de 26-05-2009- o “capacidad o aptitud natural” –STS, Sala 1ª, de 04-10-2007-.

La E.d.M. de la Ley 8/2021 declara terminados los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación»<sup>20</sup> pero nos remite a concretar las medidas de apoyo, término muy laxo según aquella “todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad (...) la representación en la toma de decisiones”.

a) Dada la prohibición de delegar la facultad de testar, que es personalísima, no puede quedar al arbitrio de un tercero su formación “en todo o en parte” (art. 670 CC) luego no es imaginable ni válido que el Juez adopte una medida de apoyo de curador /guardador de hecho o de autocuratela (ni aun autorizado por el interesado) que confiera al guardador la facultad de testar en representación del discapaz (cfr. derogación del art. 776 CC) ni tampoco el medio de apoyo de intervención del mismo (*dos firmas*) en el otorgamiento del testamento por el discapaz. La prohibición del art. 670 CC choca contra la tutela representativa “tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación” (art. 249 CC) porque esta medida de apoyo se adopta según este precepto cuando “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

---

<sup>20</sup> “No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones”.

b) En el otro extremo, como válidos, deben admitirse los apoyos del art. 663 CC entendidos como sinónimo de medios técnicos, en el sentido de los art. 695<sup>21</sup>, 708<sup>22</sup> y 709<sup>23</sup> CC o el apoyo del propio Notario (art. 665 CC). O el art. 25 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la citada Ley 8/2021<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 695 CC: “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

<sup>22</sup> Art. 708 CC: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

<sup>23</sup> Art. 709 CC: “Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: (...) Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas.

<sup>24</sup> Art. 25 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la citada Ley 8/2021: “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

c) Más problemas puede generar los supuestos en que el discapaz esté sujeto a medios de apoyo no representativos, pues el art. 249 CC dice “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”, misma expresión que el art. 665 CC que reproducimos de nuevo “El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Es dudosa la validez de un testamento si seguimos la interpretación de PAU PEDRÓN<sup>25</sup> que entiende que “cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias»”. Esta interpretación es perturbadora y no se ve donde esté el límite con la captación de voluntad.

Y dicha interpretación parece ir contra los límites en la formación personalísima de la voluntad testamentaria expuestos arriba por LACRUZ y PUIG PEÑA<sup>26</sup>, no cabe un complemento de capacidad, toda colaboración directa de un tercero con la voluntad del testador, no así el consejo

---

<sup>25</sup> PAU PEDRÓN, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”. *Revista de Derecho Civil* ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018). Estudios, pp. 9. Recuperado de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

<sup>26</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 707. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 205 y 206.

y ayuda extraños en la preparación del acto de testar, “cuando el tercero interviene en el mismo sentido del testador ayudándole a la ordenación”, “la cooperación pre testamentaria “la ordenación determinados consejos o apuntes morales de terceras personas siempre que los mismos no interfieran la espontaneidad y libertad de la manifestación de voluntad”.

Quizás la diferencia entre ser “*una partera*” de la “voluntad, deseos y preferencias” del discapaz y la captación de voluntad sea tan fina como la diferencia entre que por sus actos guardador y Notario incurran en responsabilidad por no cumplir con sus respectivas funciones negativas, de aconsejar no testar, o incluso adoptar medidas (incluso judicialmente) en contra del intento de testar. Estas posibilidades que van desde negarse a autorizar el testamento a *aconsejar* en contra también se deduce de los art. 249 y 665 CC, pues la reforma parece haber olvidado tanto de la seguridad del tráfico, como que si el capaz puede equivocarse, también el incapaz puede, pero parece que le está vedada tal opción a consta de la diligencia y responsabilidad de Notario y guardador.

**3. Otorgamiento de poder testatorio en pacto sucesorio.** En la medida que un pacto sucesorio que contenga la sucesión por comisario del otorgante supone ordenar su propia sucesión de manera más o menos indirecta (art. 30.1 y 33.1 LDCV) se plantea si el discapaz podrá intervenir, ora personalmente, ora asistido por el curador, ora representado por este último.

*3.1. Capacidad para otorgar un pacto sucesorio.* Sólo OÑATE<sup>27</sup> distingue entre *pactos con transmisión actual de bienes* donde el instituyente debe tener plena capacidad para contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC) y *pactos con eficacia post mortem* en que habrá de estarse al contenido concreto del pacto, de modo que si el instituyente queda privado de la facultad

<sup>27</sup> OÑATE CUADROS, FRANCISCO JAVIER. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103). En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 790 y 791.

de disponer de los bienes afectos por cualquier título, oneroso o gratuito, en cuyo caso, como quiera que supone una renuncia a la facultad de disponer del instituyente, no podrá hacerlo si no tiene plena capacidad de contratar y disponer. No obstante conforme al art. 105.2 LDCV sigue diciendo dicho autor que sería suficiente la capacidad para testar para otorgar un pacto sucesorio por causa de muerte porque si se respeta tal precepto se preserva al instituyente la facultad de disponer entre vivos.

La mayor parte de la Doctrina en el País Vasco<sup>28</sup>, y también es mi opinión, entiende que el pacto sucesorio no puede ser otorgado por nadie que no tenga plena capacidad de contratar y disponer porque el carácter irrevocable del pacto sucesorio así lo exige, como sucede en otros Derecho civiles autonómicos<sup>29</sup> Lo que nos lleva a la discusión de si el poder testamentario otorgado en pacto sucesorio es libremente revocable

<sup>28</sup> IMAZ ZUBIAUR, Leyre. “Capítulo XVII. La sucesión paccionada”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Ateliera Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 72.

<sup>29</sup> Aragón. Art. 379 CDFa: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. “Capítulo 33. Pactos sucesorios en Aragón”. En M<sup>a</sup>. Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.) *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011, ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 1339. Baleares: JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2019. ISBN: 9788417985233, pp. 614 y 615. Exige menor emancipado o capacidad para contratar. Galicia. arts. 209-213 LDCG: HERRERO OVIEDO, Margarita. “Capítulo 32. Pactos sucesorios en el Código Civil (y) en la Ley de Derecho de Galicia”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 1290. Cataluña. Art. 431-4 CCCat: DEL POZO CARRASCOA, Pedro. “Capítulo 34. Pactos sucesorios en Cataluña”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 1371: “Recordemos, en cambio, que para otorgar testamento hasta la capacidad natural, cifrada en catorce años por el art. 421-4 CCCat, pues el testamento siempre es revocable, y despliega sus efectos sólo a partir de la muerte del causante, por lo que no es necesario arbitrar medidas de protección –como la exigencia de plena capacidad de obrar– para proteger, en vida, el patrimonio del causante”. Navarra: Ley 176 CDCN Navarra. LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. “Capítulo 36. Pactos sucesorios en Navarra”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit. pp. 1451.

por el causante<sup>30</sup>, o no lo es, salvo en los casos legalmente previstos como procesos de nulidad, separación o divorcio, por reserva de la facultad de revocación o por decisión judicial<sup>31</sup>. Ello nos lleva a distinguir entre los diferentes medios de apoyo al discapaz.

3.2. *Pacto sucesorio y representación legal del instituyente discapaz.* Conforme al art. 100.2 LDCV mediante pacto sucesorio cabe disponer de los derechos sucesorios pertenecientes a la herencia de un tercero con consentimiento de éste, lo que en mi opinión repudia su otorgamiento mediante representante legal pues su *heteronomía* hace falta el consentimiento y capacidad específicos que exige tal precepto, so pena de nulidad.

3.3. *Pacto sucesorio y medios de apoyo no representativos al instituyente.* Pero podríamos dudar si es admisible el consentimiento asistido puesto que aunque el art. 100.3 LDCV exige para la validez de un pacto sucesorio que los otorgantes sean mayores de edad, sin pronunciarse sobre la capacidad exigible a dicho mayor de edad.

---

<sup>30</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 380, entiende que, como todo contenido de pacto sucesorio, el poder otorgado dentro del mismo es irrevocable. IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*. Colegio Notarial de Cataluña. Marcial Pons, Barcelona, 2006. ISBN: 84-9768-355-2, pp. 324 da un argumento más potente y conciso, cual es la literalidad de los art. 48 y 171 Ley 3/1992 (actual art. 45.8 LDCV): “El poder testatorio se extinguirá: (...) Por revocación”.

<sup>31</sup> OÑATE CUADROS, Francisco Javier. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 438. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús Javier. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 80.

Habrá que estarse a las concretas medidas de apoyo que se dicten pero cabe preguntarse si un discapaz que pueda contratar y disponer contando con una medida de apoyo de intervención de su guardador podrá otorgar poder testatorio por medio de pacto sucesorio.

Podríamos negar esa posibilidad porque la mayor parte de la Doctrina entiende que el pacto sucesorio es personalísimo y por tanto no cabría un apoyo del discapaz que pasase del mero consejo. En efecto, la generalidad de las legislaciones civiles forales o especiales españolas prohíbe tal posibilidad, tal es el caso del art. 379 CDF Aragón. O bien el delegado no es más que un mero *nuntius* (art. 73 y ss. CDC Baleares, art. 431-7.3 CCC Cataluña, art. 212 LDC Galicia y el Derecho civil común, en lo limitado que admite los pactos sucesorios. No está tan claro el ámbito decisorio del representante que permite la ley 173 CDC Navarra).

Respecto del Derecho Civil Vasco existen las siguientes posiciones clásicas. a) Posición que niega totalmente la posibilidad de otorgar pacto sucesorio mediante representación voluntaria, acaso sólo mediante un mero emisario o *nuntius* que se limita a transmitir la voluntad del poderdante<sup>32</sup>. b) Planteamiento según el cual cabe el otorgamiento de pactos sucesorios a través de poder testatorio y también por apoderado voluntario<sup>33</sup>, pues, como en todo contrato (art. 1725 CC) cabe otorgar

<sup>32</sup> Es la opinión de IMAZ ZUBIARU, Leire. *La sucesión paccionada en el derecho civil vasco*, obra cit. pp. 355, por analogía con la normativa foral de Aragón y de Navarra, fundados en el carácter personalísimo del acto, que también defiende en los mismos términos CÁMARA LAPUENTE, Sergio. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, Vol. 2º. EDERSA, Madrid, 2001, ISBN 84-8494-008-X, pp. 333. Sin embargo CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 136 y 201, aunque inicialmente se inclina por sólo la excepción del *nuntius*, páginas después, implícitamente admite que el comisario foral puede ejercer su cargo a través de un pacto sucesorio.

<sup>33</sup> MONASTERIO AZPIRI, Icíar. “Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 3/1992”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 192. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús Javier. *Manual práctico*

pacto sucesorio por representación voluntaria (art. 1259 CC), con facultad específica al efecto, en vida del causante y por su comisario tras el fallecimiento, pues la voluntad del causante es esencial en general (art. 4 LDCV) y en el poder testamentario en particular (art. 46 LDCV).

Pero dichas conclusiones no se extienden a una hipotética asistencia formal al otorgamiento del pacto sucesorio que tiene un componente contractual pero también de sucesión por causa de muerte o a título gratuito que repudia *institivamente* que sea admisible dicha intervención del guardador (cfr. art. 624 CC y 670 CC). Pero el instinto no es argumento jurídico (art. 3.1 CC). Entendemos que dado que la constitución de las parejas de hecho inscritas en el registro gubernativo del País Vasco exige “plena capacidad” (art. 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho), se excluiría la posibilidad del apoyo o complemento de la misma para otorgar pactos sucesorios y poder testamentario en el mismo o en escritura pública; y por la misma razón se debe exigir también plena capacidad a los cónyuges para otorgar pacto sucesorio en capitulaciones matrimoniales por identidad de razón.

Como mucho podríamos llegar a entender que el guardador podrá realizar su intervención hasta el límite de lo marcado por los art. 247 y 248 CC para los emancipados. No podrá intervenir operaciones que consistan en gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

---

*de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN 978-84-7752-562-2, pp. 187, 188, 208 y 209. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. “Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 791 y 792. *Obiter dicta* la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-04-2020.

**4. Otorgamiento de poder testatorio en capitulaciones matrimoniales.** Dispone el art. 31.2 LDCV que los cónyuges, además, pueden otorgar poder testatorio en escritura pública, sean de capitulaciones matrimoniales o de pacto sucesorio. El anterior art. 1330 CC (“El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador”) ha sido suprimido, lo que nos lleva a concluir que podrá otorgarlas siempre que no esté sujeto judicialmente a medida de apoyo de asistencia formal o de representación.

No obstante entiendo plenamente aplicable los mismos requisitos que con anterioridad es decir en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio entre cónyuges o pareja de hecho (art. 31, 2 y 3 LDCV), en cuyo caso por aplicación del art. 1329 CC el menor que pueda casarse (emancipado, art. 46.1º CC) necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor) sino porque el poder podría en tal caso ser irrevocable, razones por la que precisa capacidad plena de disponer (art. 322, 624 y 1263 CC), luego aplicamos las mismas reflexiones que respecto de los pactos sucesorios en que se otorgue poder testatorio.

**5. Y los miembros de una pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario en el pacto regulador de su régimen económico patrimonial o en pacto sucesorio, siempre en documento público notarial (art. 31.3 LDCV).**

Entendemos aplicables las mismas reflexiones y conclusiones respecto de las capitulaciones matrimoniales, con el añadido que el art. 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho exige a los componentes de la misma “plena capacidad”, lo que excluiría el apoyo o complemento de la misma, como ya hemos avanzado más arriba.

### III. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL COMISARIO

El comisario es la persona a quien el causante delega la facultad de ordenar la sucesión de éste en todo o en parte (art. 30 LDCV). El art. 32.1 LDCV sólo dice que “el comisario habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar en el momento en que ejercite el poder testatorio”, pero no qué capacidad sea precisa.

Situación hasta el 03-09-2021. Hay unanimidad doctrinal en que su capacidad de obrar, dependerá si el poder sucesorio se ejercita en testamento (la mínima antes vista de ser mayor de 14 años y no estar incapacitado); o en donación o pacto sucesorio, en cuyo caso, precisará capacidad para contratar que no será la de disponer sino, por analogía con lo dispuesto en el CC para el albaceazgo (art. 983 CC) y el mandato, la necesaria para realizar el acto concreto a través del cual se cumpla el encargo del comitente, por lo que siempre será capaz el mayor de edad y también el menor emancipado sin necesidad de asistencia alguna (art. 1716 CC)<sup>34</sup>.

Situación a partir del 03-09-2021. Se sigue requiriendo la emancipación y no es precisa la asistencia tanto porque el comisario no dispone de sus propios bienes (art. 247 y 248 CC) como porque, el cargo de comisario es esencialmente personalísimo (art. 36.1 LDCV).

<sup>34</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho Foral y Autonómico Vasco*. Tomo I. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989. ISBN 84-785-46-0, pp. 141. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 149 y 150. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. URRUTIA BADIOLA, Andrés María. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés M<sup>o</sup> Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 367. FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016, ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 72.

Efectivamente, estoy con CELAYA, ASÚA y OÑATE<sup>35</sup> cuando afirman el carácter personalísimo del cargo de comisario como una característica, esencial, no derogable por el ordenante/causante, pues el art. 36.1 LDCV habla de un cargo “en todo caso” dotado de “facultades personalísimas e intransferibles”<sup>36</sup> y las regla de prevalencia de la voluntad del testador (art. 46 LDCV) es meramente hermenéutica.

En cuanto al discapaz, habrá de verse el concreto alcance de su situación:

**1. La persona discapaz sujeta a curatela representativa** (art. 269 CC): no puede ejercer como comisario pues conforme al art. 36.1 LDCV el cargo de comisario es personalísimo, lo que choca frontalmente con el objeto de la curatela representativa cuyo fin es al (art. 249 CC) “tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir repre-

---

<sup>35</sup> CELAYA IBARRA, Adrián, “Sección 3ª. Del poder testamentario y del testamento por comisario”. En Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI. EDESA, Madrid, 1997. ISBN 84-7110-875-4, pp. 182. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés Mª Urrutia Badiola (coord.), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.). *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 447.

<sup>36</sup> No obstante la Doctrina entiende que en la ejecución material de las decisiones que adopte pueda valerse de otras personas, con lo que estoy de acuerdo, como que también puede usar auxiliares bajo su responsabilidad y terceros que le asesoren (peritos, juristas...). GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testamentario”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 169. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. URRUTIA BADIOLA, Andrés María, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 391. OÑATE CUADROS, Fco. Javier, “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 447.

sentación”. Y por aplicación supletoria, pues la sucesión por comisario es un poder y no sólo en mi opinión<sup>37</sup>, del art. 1732.5º CC conforme al cual el mandato se acaba “5º.- Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”. Entiendo que como en la regulación anterior la curatela representativa se adopta para grandes discapaces y queda excluida desde entonces toda función representativa, pues dispone el art. 249 CC que “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”. Y, como mínimo, el discapaz no podrá ser comisario cuando se le exija la representación legal o la intervención o asistencia del curador para contratar y/o para disponer a título gratuito (arg. art. 287.3º CC).

**2. La persona discapaz sujeta a curatela u otros medios de apoyos sin representación:** El carácter personalísimo del cargo de Comisario (art. 36.1 LDCV) también prohíbe que pueda actuar como tal quien está sujeto en el acto concreto de ejercicio del poder testatorio a intervención. Por tanto:

*2.1. Ejercicio del poder testatorio en testamento.* Si puede testar por sí y pasa el juicio de capacidad del Notario (art. 665 CC) podrá ejercitar el poder testatorio por este medio pero queda prohibida la intervención formal de guardador.

*2.2. Ejercicio del poder testatorio por medio de donación o de pacto sucesorio.* El Comisario necesitará plena capacidad de contratar y de disponer y no se

---

<sup>37</sup> Desde el punto de vista gramatical, acierta ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362, al reconocer que el art. 43.2 LDCV afirma que la ejecución del cargo es una “disposición realizada en nombre” del causante, lo que es la nota característica de la representación directa.

admite la intervención formal por dicho carácter personalísimo del cargo de Comisario. Como argumento añadido entiendo que no podrá ejercer como Comisario por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición, lo que deducimos tanto de su carácter personalísimo en aplicación del art. 1732.4º CC conforme al cual el mandato se extingue en dichos casos.

2.3. *Publicidad de la discapacidad y Comisario.* El problema que preveo es la ocultación (o desconocimiento de terceros, no presumo el dolo) de la discapacidad. Antes del 03-09-2021, la incapacitación era promovida por los familiares, entre otros supuestos, a fin de poder disponer válidamente de bienes del discapaz con los que obtener recursos económicos. Ahora no se precisa ni siquiera medidas de apoyo porque el art. 269 CC establece en su párrafo primero el carácter subsidiario de la curatela (institución de guarda o “medida de apoyo” formal y estable del discapaz, art. 250 CC), que puede ser suplida ventajosamente por los poderes preventivos y prorrogados (art. 256 y ss. CC) o la guarda de hecho (art. 263 y ss. CC) que incluso habilitan, con autorización judicial para disponer de bienes del guardado en representación de éste.

#### IV. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EL SUCESOR

El sucesor, o sucesores son el conjunto de personas entre quien el comisario podrá elegir libremente para que sucedan en todo o parte de los bienes del causante. Dicha facultad de elección puede tener cortapisas impuestas por la ley o por la voluntad del *de cuius*. Veámoslo:

El sucesor debe ser capaz (art. 32.2 LDCV) en el momento del ejercicio del poder o al fallecimiento del testador. Lógico pues es el momento de la delación (art. 17.2 LDCV). Nada se dice respecto a qué capacidad sea exigible al sucesor, por lo que hay que entender que es la del Derecho

Común ex art. 3.1 LDCV, tanto en cuanto a la capacidad jurídica (cfr. art. 744, 766 y 791 CC, que incluye las causas de indignidad), como en la de obrar para aceptar o repudiar el llamamiento sucesorio que se les ofrezca (art. 992 y ss. CC).

Quizás este último sea el aspecto donde más se ve que la reforma del Código civil por la Ley 8/2021 es más bien cosmética, el mero el cambio en ciertos preceptos que no ocultan que se ha escrito “curatela con facultades de representación” de discapaces donde antes decía “tutela”<sup>38</sup>, equivalencia que la D.T<sup>a</sup>.1<sup>a</sup> de la Ley 8/2021 reconoce sin complejos.

Sólo en relación con las adquisiciones por causa de muerte se hace una remisión expresa a la medida de apoyo establecida, así:

### **1. Testamentos y el art. 996 CC sobre aceptación de herencia:**

Dispone el art. 992 CC “Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes”. Lo que ha de ponerse en relación con el art. 996 CC “La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por ésta, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas”.

Y conforme al art. 287-5º CC el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para

<sup>38</sup> Así, el art. 753 CC sobre prohibiciones testamentarias, indignidad para suceder (art. 753, ap. 2º y 7º CC), art. 1060 CC sobre partición convencional de la herencia. Art. 1291 y 1299 CC sobre rescisión de contratos, art. 1301 y ss. CC sobre la acción de anulación. Art. 1387 CC sobre la administración y disposición de los bienes de la sociedad de ganancial que se transfiere al cónyuge asistente del discapaz. Art. 1393 CC sobre causa de disolución de la sociedad de gananciales. Art. 1459 CC sobre prohibición de autoentrada en las compraventas de los patrocinados. Art. 1699 CC sobre causa de extinción de la sociedad civil. Art. 1732 CC sobre extinción del mandato. Art. 1764 y ss. CC sobre depósito, art. 1811 CC sobre transacción y art. 1903 CC sobre responsabilidad civil por culpa in vigilando de estos oficios de derecho privado.

aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

En dicho punto hemos de tener en cuenta que respecto de la sucesión no paccionada, la LDCV no consagra una aceptación a beneficio legal de inventario. La aceptación a beneficio de inventario (art. 998 y 1023 CC) es subsistente bajo el régimen de la LDCV (cfr. art. 117, 139 y 143 LDCV) y aconsejable. Aconsejable porque el art. 21.2 LDCV no es equivalente al art. 1023 CC, pues de los tres efectos que este último concede (limitación de responsabilidad del heredero, no fusión de patrimonios del causante y del heredero y no extinción de deudas entre causante y sucesor por confusión), dicho art. 21.2 LDCV solo concede uno, la limitación cuantitativa de responsabilidad<sup>39</sup>.

**2. Pactos sucesorios.** El art. 100.3 LDCV exige que el otorgante, no sólo el instituyente, sea mayor de edad. En consecuencia, el instituido precisará capacidad pero la aceptación no es personalísima luego cabe la representación voluntaria y la legal y la asistencia del guardador a la misma como si de llamamientos a la herencia o a legados se tratara (art. 103 LDCV), conforme a las reglas que acabamos de ver.

**3. Donaciones.** Los autores entienden que el donatario no precisa la capacidad de contratar (art. 626 CC) sino la natural de aceptar (RD-GRN de 01-07-1920)<sup>40</sup> pero habría que matizarlo en el supuesto de “sustituciones, cargas, obligaciones y condiciones” a que haya de sujetarse

---

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. “Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco”. En *JADO, boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2018, n° 28, 2017, pp. 618.

<sup>40</sup> RDGRN de 01-07-1920 citada por CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 198 y 199. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Fco. Javier, “Especialidades Testamentarias: El poder testamentario”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181.

la donación (art. 626 y 103 LDCV) en que será precisa dicha capacidad de contratar, en su caso, con la asistencia o representación (autorizada judicialmente, cfr. art. 287, ap. 3º y 5º CC).

**4. Partición hereditaria.** Los art. 1052<sup>41</sup>, 1057<sup>42</sup> y 1060<sup>43</sup> CC: No cambian mucho pues se estará a lo dispuesto en las medidas de apoyo y la partición efectuada por el curador con facultades representativas no requerirá autorización judicial pero sí posterior aprobación.

Como el Comisario puede hacer la íntegra ordenación y ejecución de la herencia, bien por bien, con los apartamientos y repartos que convenga, el discapaz se ahorra esos trámites adicionales pues bastará que acepte su llamamiento.

---

<sup>41</sup> Art. 1052 CC: “Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas”.

<sup>42</sup> Art. 1057, pfo. 4º CC: “Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas”.

<sup>43</sup> Art. 1060 CC: “Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial. La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

## V. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. REQUISITOS OBJETIVOS

Procedamos a analizar una variedad de situaciones que se nos ocurren *a vuela pluma*:

**1. El Comisario sucesor.** Hemos de tener presente que conforme al art. 753 CC: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, sólo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato”.

Por lo que podemos concluir sin dificultad que el cargo de curador del futuro causante podrá recaer en el futuro Comisario y a éste se le podrán recibir atribuciones sucesorias del causante, bajo las siguientes premisas:

*1.1. Serán válidas las disposiciones testamentarias posteriores a la extinción de la curatela y también las anteriores a la constitución de la misma.* Piénsese en que en el mismo el causante, capaz entonces, puede proponer al Juez el nombramiento de curador como autocuratela (art. 271 CC) a la misma persona que en el futuro vaya a ser su Comisario.

*1.2. Serán válidas las disposiciones hechas favor del Comisario que ocupe el cargo de apoderado preventivo o prorrogado.* (art. 256 y 257 CC). La prohibición del art. 753 CC no se le aplica.

1.3. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato. Con lo cual todas las posibilidades de beneficiar a hijos y descendientes, así como al cónyuge viudo que sean instituidos como Comisarios quedan intactas (art. 35 LDCV).

1.4. *Autoadjudicación de bienes.* Y tal conclusión para la vía directa de que sea beneficiado por el causante se alcanza para la indirecta de autoadjudicación de bienes por el comisario (art. 35 LDCV), puesto que el causante ya ha fallecido al momento de la delación (art. 17.2 LDCV), “salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela”.

**2. Legítimas.** El art. 33.2 LDCV exige que se identifique al menos una categoría amplia de personas entre las que el comisario pueda elegir. Si no hay legitimarios, el comisario puede nombrar sucesores libremente (art. 33.3 LDCV).

En este punto traemos a colación a las acertadas palabras de URRUTIA<sup>44</sup> sobre la oportunidad del poder testamentario para, dado el carácter colectivo de la legítima vasca, mediante el apartamiento señalar en qué medida se el Comisario podrá mejorar sobre la marcha al descendiente discapaz o a los demás, incluso a éstos según se hayan portado con aquél.

Concluimos que el Comisario es una ventajosa alternativa a los regímenes de guarda del sucesor discapaz. Asimismo, dado el carácter colectivo de la legítima de los hijos y descendientes, sujetos a apartamiento libre, incluso tácito (art. 48, ap. 2 y 3 LDCV) libra al causante y al comisario de recurrir a los expedientes del Código civil para beneficiar a los hijos discapaces en perjuicio de los otros.

---

<sup>44</sup> Urrutia Badiola, Andrés M<sup>a</sup>. “Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco”. *JADO, boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, año 14, n<sup>o</sup> 27, 2015-2016, pp. 620-622.

Me estoy refiriendo a instituciones tales como el gravamen de la legítima estricta de los demás descendientes (art. 808 pfo. 3 CC, modificado por la Ley 8/2021<sup>45</sup>), los gravámenes sobre la legítima a favor del discapaz (art. 813 pfo. 2º CC<sup>46</sup>) y la falta de computación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual concedida al descendiente discapaz (art. 822 CC<sup>47</sup>) o que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (art. 1041 CC).

**3. Fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos.** Ha sido tradicional configurar fideicomisos de residuo a favor de los incapaces, de modo que la masa hereditaria no gastada en su sustento haría tránsito posteriormente a la descendencia no discapaz del causante. La Ley

---

<sup>45</sup> “Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique”.

<sup>46</sup> “Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”.

<sup>47</sup> “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”.

8/2021 tiene un reconocimiento explícito de dicha práctica al reformar la sustitución pupilar (D.T<sup>a</sup>.4<sup>a</sup>) y permitir el gravamen sobre la legítima estricta de los descendientes en general a favor del discapaz descendiente (art. 822 CC).

Habrà que tener en cuenta al otorgar el poder testatorio el art. 32.3 LDCV que ordena que salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes.

#### 4. La creación de “paratutelas” y “paracuratelas”<sup>48</sup>

4.1. *Sustitución de las tutelas, curatelas y administraciones de bienes por la figura del comisario.* Las precauciones en aras a la protección de los bienes que hereden los sujetos a guarda palidecen frente a que el causante simplemente puede rodear todas estas limitaciones ante las existencia de menores o discapaces cuyo patrimonio haya develarse. Es más sencillo que los mismos nada adquieran y queden guardados por la herencia pendiente el poder testatorio encomendada al comisario, quien además del deber de prestar alimentos a los descendientes del causante (art. 38 LDCV), podrá y deberá ser instruido por el causante sobre cómo guardar a los protegidos (art. 30.1 LDCV) quienes como no tienen sino un derecho potencia, mera expectativa a la sucesión, la administración y disposición de los bienes quedan a recaudo de la intervención del Estado (art. 249 y 270 CC). Además de esta *encomienda patrimonial total*, vislumbraba URRUTIA en 2016<sup>49</sup> varias posibilidades:

<sup>48</sup> Urrutia Badiola, Andrés M<sup>a</sup>. “Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco”, en *JADO, boletín de la AVD/ZE A*, ISSN 1888-0525, año 14, n<sup>o</sup> 27, 2015-2016, pp. 620-622.

<sup>49</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup>. “Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco”, obra cit., pp. 620-622. Como es de leer se trata del Texto de la ponencia presentada en la Jornada del 25 aniversario de ALIND-UBIE “Capacidad y Derecho civil vasco” (Bilbao, 25/05/2016).

4.2. *Testamento preventivo del causante y discapacitados.* “a) El establecimiento de un testamento preventivo, que prevea el estatus del hijo/a con capacidad judicialmente limitada en caso de imposibilidad de ejercicio del poder testamentario por fallecimiento conjunto de los padres o imposibilidad de su ejercicio por el consuno o extinción del mismo. Sería de utilidad, en todo caso, vgr., si no se llega a la situación de incapacitación judicial, la configuración de un comisariado único o múltiple a favor de uno o varios hermanos que estén más próximos al hijo/a en esa situación estableciendo su régimen de actuación”.

4.3. *El comisario como paracurador.* “b) La configuración del comisario como un auténtico “paratutor” o, mejor dicho, “paracurador” del hijo/a que, sin estar con la capacidad judicialmente limitada, tenga un cierto entorno patrimonial, para lo cual sería necesario configurarlo con unas facultades de administración o disposición amplias, que hoy posibilita la ley e incluso la voluntad del comitente, y que exigirían, en mi opinión, una intervención judicial en algunos casos, especialmente en los que puede estar en juego el patrimonio que por vía sucesoria puede recibir esa persona”.

Estas posibilidades tras la Ley 8/2021 se prevén en los art. 164.1, 225 y 252 CC, respectivamente para los menores sujetos a patria potestad, menores sujetos a tutela y discapaces sujetos a medidas de apoyo. El art. 164.1 CC dice que se exceptúan de la administración paterna “Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”, bienes que tampoco estarán bajo la representación legal de los padres (art. 162.3º CC). Antes de la reforma por Ley 8/2021 se dudaba si se confería al tercero administrador la facultad de disposición. Ahora está claro que no<sup>50</sup>, pues sí se ha conce-

<sup>50</sup> Volviendo con los menores sujetos a patria potestad, consciente de que ésta no es la situación de guarda objeto del presente estudio, es interesante la aproximación al tema

dido en los mismos casos para menores sujetos a tutela (art. 225 CC) y mayores sujetos a curatela (art. 252 CC). En los dos segundos casos se da un paso adelante respecto del art. 227 CC en su anterior redacción pues se permite al que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor que pueda establecer las reglas, no sólo de administración, sino, he aquí la novedad, de disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerlas, en principio sin limitación. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al guardador legal (padres, tutor o curador). Por tanto dichos administradores pueden ser investidos ampliamente por el disponente con facultades sobre los bienes concernidos, que vayan desde meras funciones de asesoramiento hasta tener la representación de la persona sujeta a guarda, pasando por la intervención.

En conclusión, el causante podrá establecer los órganos de administración de los bienes de que disponga que estime oportuno recayendo en la persona del Comisario, así como también la facultad de disposición por éste de los dejados a personas sujetas a tutela o curatela. En relación a los menores sujetos a patria potestad, el comisario o un tercero podrían dar dicha autorización.

---

que hace FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, Francisco. “La autotutela”. En Ignacio Serrano García (Coord.) *La protección jurídica del discapacitado. I congreso regional*. Tirant lo Blanch Valencia, 2003, ISBN X4-8512-835-4, pp. 64 y 65. Se pregunta en qué medida podrán los padres limitar la intervención judicial y cita a Martínez Sanchiz, para quien el padre que nombra al tutor, o el testador o donante que deja bienes al menor, podrá cambiar el órgano que deba otorgarlos, es decir, podrán señalar las personas, diferentes del tutor o administrador, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el Código civil. Y cita a los abuelos, los hermanos, dos parientes más próximos, o una Fundación de tipo tutelar. Concluye FERNÁNDEZ-PRIDA con un argumento plenamente aplicable al Derecho Civil Vasco cuando invoca la RDGRN de 05-11-1887, la libertad del disponente para articular medios de autorización alternativos, lo que en la LDCV se observa en el art. 46, de modo que la voluntad del ordenante debe prevalecer.

Y, por supuesto, el comisario, al disponer de los bienes del causante, podrá establecer estas medidas de salvaguarda previstas en los art. 164.1, 225 y 252 CC.

**5. Nombramiento del comisario como apoderado preventivo curador, tutor o guardador de hecho.** Siempre es posible conforme a los art. 201 y ss. CC que los padres en testamento o documento público notarial puedan designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

Esta misma posibilidad se da para el curador, por autocuratela (art. 271 CC), en la que se puede añadir el nombramiento de comisario a la misma persona, de modo que haya un tránsito *suave* del patrimonio, desde la plena capacidad del causante, a su discapacidad y tras su muerte, a cargo de una persona de confianza, curador (u otro cargo de apoyo) que se convierte en comisario tras su muerte. Pues el art. 753 CC prohíbe la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela y por supuesto, cuando haya sido nombrado antes de ser tal tutor o curador representativo.

Y por supuesto, que se ordene la pervivencia de los poderes otorgados antes de adoptarse las medidas de apoyo (art. 256 y ss. CC).

**6. Nombramiento de comisario y patrimonios protegidos.** Conforme al art. 1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria la finalidad de los patrimonios es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y

derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Estando la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, con las debidas instrucciones del causante, ya tenemos un patrimonio autónomo destinado a la protección del incapaz con todas las ventajas de que no tendrá intervención administrativa alguna e incluso éste, por insolvente, pueda recibir ayudas, amén de un favorable trato fiscal.

Pero cuando haya de ejercitarse el poder testatorio, ahora el art. 3.1.c), en la nueva redacción dada por la Ley 8/2021 permite constituir un patrimonio protegido a la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma. Esta previsión encaja perfectamente con el señalamiento de la gama y reglas para determinar beneficiarios en la sucesión por comisario (art. 33.1 LDCV).

El Fuero Nuevo de Navarra se anticipó al resto de los Derechos civiles autonómicos de España por su modificación por la Ley Foral 21/2019, de modo que permite al fiduciario “constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia”, con lo que el Comisario sujeto a la LDCV ahora ha adquirido tal facultad. La Doctrina señala la similitud de la institución de la herencia de confianza Navarra con el “trust” anglosajón<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II. Dykinson, Madrid, 2009, ISBN 978-84-9849-426-6, pp. 1350. NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En M<sup>a</sup>.-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Manual de derecho sucesorio*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, ed., 2011, pp. 874. HUALDE MANSO, Teresa. “Título XII. De los herederos de confianza”. En Enrique Rubio (dir.) y M<sup>a</sup> Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 905. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Universidad de Navarra y Dykinson, Madrid, 1996. ISBN: 84-8155-161-1, pp. 1314.

**7. Sobre la obligación del comisario de promover la constitución de tutelas y curatelas** (art. 39 LDCV). Dispone dicho precepto que “El comisario está obligado a pedir la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante menores o incapacitados”.

Hasta el 03-09-2021 el comisario está obligado a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare en línea con el art. 229 CC<sup>52</sup>. Esta promoción supone legitimación del mismo para instar el correspondiente Expediente de Jurisdicción Voluntaria (art. 231 CC y 44 LJV). Sin embargo, la Doctrina negaba al comisario legitimación para pedir la incapacitación de los descendientes menores o incapacitados del causante, pues ASÚA<sup>53</sup> entiende que el art. 39 LDCV le autoriza sólo para promover el nombramiento de tutor respecto de los menores no emancipados de tutor o curador si ese nombramiento no se hubiera realizado en la sentencia de incapacitación o si el nombrado no pudiese ejercer el cargo, sino también de instar la modificación de capacidad si estuviera legitimado para ello y, si no lo estuviera, de poner la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Desde el 03-09-2021 entiendo que el Comisario sigue pudiendo pedir el nombramiento de tutor para los descendientes menores del causante (art. 206 CC) que asimismo se tramita por Expediente de Jurisdicción Voluntaria (art. 208 CC y art. 44 LJV). Cabría plantearse si ahora el Comisario puede pedir del Juez que acuerde medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica del descendiente del causante que las precise.

---

<sup>52</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup>. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 403.

<sup>53</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 370.

Como argumentos a favor: contaríamos la expresión “El comisario está obligado a pedir la constitución de la curatela” usada por el art. 39 LDCV, en relación a que el art. 269 CC, que en su redacción por Ley 8/2021 dice “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”. Y los art. 44 LJV (expedientes no litigiosos relativos a la tutela y la curatela) art. 760 LEC (proceso con oposición) en su nueva redacción ya no distinguen entre la incapacitación y el nombramiento del curador sino que siempre se hace dicho nombramiento por Auto o por Sentencia y precisamente (art. 42.bis.5 LJV) “No se considerará oposición (...) la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta”.

Como argumentos en contra: militarían que tanto el art. 42 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, como el actual art. 39 LDCV están pensados conforme al sistema de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en el que la constitución de la curatela era el mero nombramiento de la persona a ocupar el cargo previa incapacitación (art. 760 LEC, en su anterior redacción).

Para GIMENO<sup>54</sup> el objeto de la norma, que carecería de antecedentes legales según él, es evitar que los hijos y descendientes del testador que no tengan parientes llamados por la Ley al ejercicio de la tutela queden desamparados, ampliando el círculo de las personas obligadas a constituirla. Pero lo cierto es que sí hay antecedentes históricos, los cuales refrendarían la opción amplia o textual resultante de la Ley 8/2021. Así es, a decir de JADO<sup>55</sup> el padre y la madre solían hacer nombramiento testamentario

<sup>54</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Fco. Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 172.

<sup>55</sup> JADO Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*. Imprenta Casa de Misericordia, Bilbao 1923. Versión facsímil en colección clásicos Derecho Vasco, AVD/ZEA, 2004. ISBN: 84-7752-383-5, pp. 84, 180-182.

de tutor o curador al otro cónyuge sobre los hijos comunes menores, relevándole de la obligación de prestar fianza, tutela testamentaria sólo en defecto de la cual se preveía la tutela legal (ley 1ª del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya). Por su parte, la Ley 31 de Toro menciona expresamente la posibilidad de entregar al comisario la dación de tutor, Leyes de Toro supletorias del Fuero Nuevo de Vizcaya<sup>56</sup> y así parece haber al menos un caso en Bizkaia en que el albacea “testamentario” ejerce de tutor de los hijos del causante<sup>57</sup>.

## VI. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EFECTOS PENDIENTE SU EJERCICIO

El art. 17.2 LDCV explicita que existiendo un poder sucesorio se abre una fase de expectativa, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder sucesorio, en cuyos momentos acaece la delación a los sucesores agraciados para que acepten o repudien su respectivo llamamiento.

Vamos a centrar nuestro análisis, en este apartado, en la disposición onerosa/administración dinámica de bienes de la herencia que confiere el art. 43.4 LDCV al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del

<sup>56</sup> SARRIÓN GUALDA, José. “El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro”, en *Anuario de historia del derecho español*, 2005, N° 75. ISSN 0304-4319, pp. 249 y ss. JADO (de) y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 269, afirma que “*En las leyes de Toro encontramos resueltas las omisiones de que adolece la ley del Fuero y lo dispuesto en aquellas ha de suplir la deficiencia de ésta.*”, costumbre de la que se lamentó CELAYA IBARRA, Adrián, p. ej. en *Derecho Civil Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4, pp. 139 y 304.

<sup>57</sup> Un ejemplo en MONASTERIO AZPIRI, Iciar. *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Gobierno Vasco y Universidad de Deusto, Bilbao, 2002. ISBN: 9788445717370, pp. 256.

patrimonio hereditario. Recordemos que, asimismo, el causante voluntariamente puede conferir a cualquier otro tipo de Comisario con el mismo bloque de facultades. Así éste podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia.

No obstante, recordemos que aun habiendo legitimarios del causante el art. 43.4 LDCV revela al administrador de la necesidad de concurrir con dichos legitimarios para disponer de los bienes llamemos comunes o llamemos actos de administración dinámica de la herencia. Sin embargo (art. 43.5 LDCV) “Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios menores o incapaces, la autorización judicial”.

Estima LATORRE<sup>58</sup> que la mejor interpretación es que los descendientes más próximos en grado excluyen a los más remotos para prestar la autorización, lo que es igualmente sostenible bajo el régimen de la LDCV por la gradación más próxima que impone su art. 50.

---

<sup>58</sup> LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”. En José Luis Merino Hernández (coord.). *Manual de derecho sucesorio aragonés*. Sonlibros, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, p. 422.

OÑATE<sup>59</sup> entiende que la autorización de los legitimarios a estos actos de disposición o de administración dinámica (no sucesores presuntos, cfr. art. 33.2 vs. 33.3 LDCV) es una de las pocas normas imperativas previstas en la LDCV. Pero desde el 03-09-2021 ya no hay “incapaces”, luego concluimos que dicho precepto obliga al Comisario en concurrencia con legitimarios discapaces, tanto sujetos a curatela representativa como a otros tipos de medidas de apoyo (o a los menores), a obtener la autorización judicial pues es la alternativa expresamente prevista por el art. 43.5 LDCV a dicha “plena capacidad de obrar” para realizar los actos de disposición citados.

## VII. DISCAPACIDAD Y PODER TESTATORIO. EXTINCIÓN

Las causas de extinción del poder sucesorio vienen determinadas en el art. 45 LDCV y proceden los correspondientes y respectivos comentarios:

**1. Imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario** (art. 45.2 LDCV). Defendí y mantengo<sup>60</sup>, por analogía con el albaceazgo, la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la similar causa de extinción del albaceazgo de “imposibilidad” (art. 910 CC) los supuestos de causas exclusivamente personales, que hacen imposible el ejercicio del cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y, capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad; o lo hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de las facultades intelectuales –STS, Sala 1ª, de 02-12-1991), ausencia, privación de libertad por cumplimiento de ejecutoria penal y

<sup>59</sup> OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30–46)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 447.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 190.

la inhabilitación como administrador<sup>61</sup>, si bien en este último caso, en mi opinión, con el matiz sobre la sanción por Concurso declarado culpable<sup>62</sup>.

**2. Incapacidad de hecho e incapacidad de Derecho.** Decían con razón ASÚA y OÑATE<sup>63</sup> que la incapacitación judicial del comisario produce la extinción de su cargo, debiéndose reconducir la incapacidad de hecho a la impugnación de los actos en ejercicio del poder por falta de consentimiento. Derogado desde el 03-09-2021 el concepto de incapacidad,

<sup>61</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. En “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 444.

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO, *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 169 y UR-  
 RUTIA BADIOLA, Andres M<sup>a</sup>. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 367 y 368. Tras la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, el Comisario puede ejercitar sus facultades como tal, pese a la declaración de concurso, pues el art. 40 de la misma, sólo limita las facultades patrimoniales del deudor sobre su propio patrimonio. No obstante, si el concurso termina siendo calificado como culpable, una de sus consecuencias es (art. 172.2.2 de la Ley Concursal) la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años. En este caso, cohonstando dicha inhabilitación con las causas tasadas de extinción del poder sucesorio (art. 45 LDCV), el problema sólo se da respecto de las facultades de administración, representación y disposición entre vivos del comisario, porque habría de proveerse a la administración, bien a cargo de de sustitutos nombrados por el causante, bien un administrador judicial (art. 795 y ss. de la LEC) para ese ínterin. Entre tanto, en el paréntesis de la inhabilitación, las facultades del comisario de delegar la sucesión se hayan suspendidas, pero el poder sucesorio seguiría vigente. Por el contrario, si la inhabilitación se solapa con la extinción, se abriría la sucesión preventiva o abintestato con la inhabilitación no concursados.

<sup>63</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Fco. Javier. En “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit. pp. 444.

subsiste la posibilidad de la impugnación, por supuesto. Pero entiendo que podemos entender extinto el poder testamentario conforme al art. 1732 ap. 4º y 5º CC, conforme el cual el mandato y el poder se acaba, ora (ap. 4º), por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; ora (ap. 5º), por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Retomando la incapacitación judicial, matiza el segundo autor citado, igualmente de modo acertado, que si el comisario incapacitado no ha sido privado de su capacidad para otorgar testamento podrá ejercer su cargo mediante este instrumento, siempre que pase el juicio de capacidad al efecto por el Notario (art. 665 CC).

Otra cosa será la administración de los bienes hereditarios, de ordinario conferida al Comisario (art. 37 LDCV) con lo que, si no es capaz de cumplir con este deber, habrá de estarse a la prelación en el instrumento de nombramiento de aquél, en su defecto el citado precepto y a falta de los mismos, recurrir al nombramiento judicial pues propiamente se puede considerar en esta situación que el causante ha fallecido sin testar y sin parientes llamados a la sucesión (art. 17.2 LDCV), presupuesto del art. 791.2 LEC.

**3. Mala conducta del comisario.** Bajo la LDCV no parece que sean causas de extinción la negligencia grave, la malicia en el cumplimiento las obligaciones inherentes a la administración de los bienes, como tampoco es causa de remoción la comisión de eventuales ilícitos civiles o vulneraciones de las instrucciones recibidas para su encargo, sin perjuicio de la responsabilidad por daños en que incurra<sup>64</sup>, o la posible ineficacia de lo

---

<sup>64</sup> SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “*Manual de Derecho Civil Vasco*”, obra cit., pp. 367. En sentido contrario, ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*. Diputación Foral de Álava, 1999. ISBN 84-7821-401-1, pp. 240 y GIL RODRÍGUEZ,

así actuado<sup>65</sup>. Es la misma solución que da en el derecho civil interregional español comparado, al menos en Aragón<sup>66</sup> y Navarra<sup>67</sup>.

Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 997: “cuando, a instancia de los designados por el constituyente o de sus hijos o descendientes no apartados, se acredite que el usufructuario, bien ha incurrido en causa de indignidad sucesoria, bien se conduce con grave incumplimiento de sus facultades y obligaciones; tanto por desatender las mismas con negligencia GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”. En Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 425: la negligencia grave o generalizada, como por exceder dolosamente de los límites a que su ejercicio queda sujeto.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 78.

<sup>66</sup> Para la fiducia aragonesa su Doctrina plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La fiducia sucesoria aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 139, la posibilidad de que los sucesores presuntos acudan al Ministerio Fiscal reclamando que actúe exigiendo al administrador hereditario responsabilidades por daños. SAP de Zaragoza, sec. 4<sup>a</sup>, de 04-10-2004 tampoco procede declarar la extinción pretendida en base al incumplimiento por la demandada, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad por no incluir en la escritura de manifestación de la herencia, entre los bienes inventariados, el dinero, ya que ello fue conocido y consentido por la actora. La SAP de Zaragoza, sec. 5<sup>a</sup>, de 31-07-2001 afirma la no aplicación analógica causas de extinción del albaceazgo o mandato Sobre que no cabe de la remoción del cargo por incumplimiento de sus deberes. Además, el art. 447 CDF Aragón prevé la posibilidad de reducción judicial del plazo a instancia de cualquier interesado, salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo

<sup>67</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “Título XI. Los fiduciarios-comisarios”. En Enrique Rubio (dir.) y M<sup>a</sup> Luisa Arcos (coord.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 850 y 873: los fiduciarios-comisarios no podrán ejercitar sus funciones si son declarados indignos de suceder al causante y demostrarse así su ausencia de probidad respecto a tomar decisiones patrimoniales propias o ajenas. Igualmente añade como causa de extinción que el fidu-

Un argumento adicional es la comparación con el art. 108.4 LDCV, pues es causa de revocación de los pactos sucesorios la “conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar”. Por lo tanto sólo si el comisario va más allá e incurre para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder es causa de extinción de su encargo (art. 45.6 LDCV).

No obstante, más recientemente se han alzado voces como la de OÑATE<sup>68</sup> abriendo la posibilidad de que el Juez pueda ordenar la revocación del poder testatorio si se considerase lesivo para alguno de los hijos menores o con discapacidad o del propio instituyente por aplicación analógica del art. 34 LDCV. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 “obiter dicta” abre la puerta a remoción por incumplimiento por el Comisario de su deber de formar inventario de los bienes de la herencia<sup>69</sup>.

**4. La injusticia comparativa entre el cónyuge-comisario que ejerce su cargo y el que no puede ejercerlo por falta de capacidad.** Constituye novedad de la LDCV frente a la Ley 3/1992 el art. 41.3 de la primera: “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder”. Este precepto ha de interpretarse con la D.Tª.4ª LDCV: “En los poderes testatorios otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley

ciario incurra, respecto al causante o a sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación (cfr. ley 270 FN. Así, la STS de 20-02-1963).

<sup>68</sup> OÑATE CUADROS, Fco. Javier, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 437.

<sup>69</sup> De manera un tanto sorprendente la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 sí que abre la puerta a que el sucesor presunto pueda pedir la remoción o la renuncia del designado Comisario que no formó inventario según la Ley 3/1992, la cual, de modo igualmente sorprendente dice que no obligaba a formar inventario al mismo.

3/1992, de 1 de julio, la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder”.

De ello se deriva que el *alkar poderoso* que no debe temer ejercer su poder testatorio porque no va a quedar por ello desamparado desde el punto de vista económico. Pero al que vea extinguido su cargo de comisario por causa de su *incapacidad* o su *imposibilidad* sumará la desgracia de verse privado de una fuente de sustento, el usufructo del caudal hereditario pendiente el ejercicio del poder testatorio, que como mucho sería reducido al meramente testamentario o legitimario, razón por la que es importante regular bien sobre este particular el instrumento de otorgamiento del poder testatorio.

**5. Causas establecidas en el propio poder.** Se hará muy relevante otorgar poderes testatorios que tengan en mente la protección del discapaz, ordenada a través de instrucciones, el rango de beneficiarios, las cargas y deberes, las causas de extinción y sus efectos.