

# LA FIGURA DEL COMISARIO EN EL ANTEPROYECTO



## 1. INTRODUCCIÓN

El ámbito de nuestra comunicación se residencia en las facultades que en el último Anteproyecto se le reconocen al comisario, cónyuge/pareja de hecho o no, y que a nadie se le oculta persiguen una mejora sustancial de las mismas en relación a la lacóni-

ca y, a nuestro entender, pobre redacción de la Ley actual 3/92 de Derecho Civil Foral Vasco.

Nos hallamos ante un momento histórico, plenamente integrados en el Siglo XXI en que tanto el legislador como los diferentes operadores jurídicos llegan a la conclusión de que hay que dar un impulso definitivo y una mejora no solo cuantitativa sino también cualitativa a una institución tan arraigada en Bizkaia como el poder testatorio, con la submodalidad del testamento por comisario.

Y, este avance en ambos planos (cualitativo y cuantitativo) ha de ser observado de acuerdo a la realidad social a la que nos enfrentamos día a día, y la interpretación de las normas al amparo del 3.1 del CC se nos ha quedado insuficiente y se debe dar un paso más a fin de mejorar el tratamiento normativo de esta institución, tanto desde el punto de vista de la persona del comisario como de las facultades de administración y disposición que le vamos a otorgar para cumplir de la mejor manera posible la encomienda del causante.

Nuestra pretensión ha sido y es aprovechar la presente coyuntura que nos ofrece este proceso de renovación de la Ley Foral, e insistimos, la realidad social tan cambiante en los últimos años, para fomentar y dar mayor protagonismo a la figura del comisario no cónyuge/pareja de hecho.

En efecto, hemos de partir del hecho de que la conformación de las relaciones sociales está sufriendo numerosos cambios y la confianza ya no es patrimonio exclusivo de la pareja constituida en matrimonio o pareja de hecho sino que en numerosos colectivos no gustosos de crear vínculos jurídicos de este signo (solteros, personas de edad avanzada, parejas de toda condición no inscrita en registro alguno, etc.) ven en otra tipología de individuos el pesebre sobre el que depositar su confianza postmortem.

Podemos observar como frecuentemente la administración y disposición de los bienes hereditarios se confieren a personas de confianza del poderdante que, sin embargo, no son por ello here-

deros o titulares de bien o derecho alguno, sino que deben emplear sus poderes para gestionarlos de manera dinámica y eficaz siguiendo las instrucciones del comitente en beneficio de los hijos y descendientes de éste y de los que resulten finalmente sus sucesores. La administración debe ser dinámica y productiva, tomando cuantas decisiones considere oportunas para la buena marcha del patrimonio en administración, incluida la posibilidad de disponer de los bienes cuando lo juzgue oportuno, de tal manera que los bienes y negocios no sufran una merma o disminución en su actividad y funcionamiento, con relación a la situación de los mismos cuando vivía su titular.

A este respecto, una simple ojeada del derecho comparado nos lleva a alcanzar una primera conclusión: durante la elaboración del Anteproyecto, los diferentes operadores jurídicos nos hemos fijado en una institución que guarda enormes similitudes con nuestro acervo jurídico hasta el punto de que de la experiencia de otras culturas cercanas tomamos aquellos aspectos que se han evidenciado provechosos y útiles para el desarrollo de las relaciones jurídicas, como es el caso de la fiducia aragonesa, recogida en la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, modificada por Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad.

De dicha figura se ha aprovechado toda aquella regulación normativa relativa al alcance real y efectivo de los poderes de administración y disposición a favor del fiduciario (en nuestro caso, el comisario), enmarcado dentro de una filosofía más cercana a la realidad presente. Se han recogido en consecuencia en el Anteproyecto una panoplia de facultades que vienen a sustituir a una famélica regulación actual obligada en la mayoría de las ocasiones a un ejercicio interpretativo que, con la nueva regulación que se pretende aprobar, se adecua a las necesidades que diariamente se presentan a los gestores de un patrimonio, en muchas ocasiones ampliamente heterogéneo, y que nos provoca numerosas dudas a la hora de tomar decisiones en aras a un más eficaz ejercicio de la labor encomendada.

No obstante, estimamos que el texto se ha quedado corto, que las facultades del comisario tomadas del derecho aragonés no

asumen su filosofía de fondo sino que únicamente se ha tratado de un ejercicio de tomar aisladamente lo que más nos interesa como si de un supermercado se tratara para tratar de buscarle acomodo en el texto del Anteproyecto.

En consecuencia, por una parte queremos profundizar en esa institución y adaptarla en lo posible a nuestro derecho para mejorarlo al tiempo que podemos aprovechar para dar un paso más y superar aquellas cuestiones que quizás no quedaron suficientemente tratadas en la legislación sucesoria aragonesa, para lo que se va a analizar algunos aspectos del poder testatorio tal y como se hayan redactados en el Anteproyecto y al mismo tiempo aportar desde aquí algunas reflexiones y propuestas que tiendan a mejorarlos en lo posible cuando más adelante sea el momento de volver a hincar el diente a dicha institución.

## **2. EL PLAZO DE EJERCICIO**

Señala el artículo 41 del Anteproyecto:

*1. El testador podrá señalar plazo para el ejercicio del poder gestatorio. Cuando se designe comisario al cónyuge o miembro de pareja de hecho, el plazo podrá serle conferido por tiempo indefinido o por los años que viviere.*

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

*3. 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.*

Nada que oponer en primer lugar al hecho de que en el caso de ausencia de plazo de ejercicio del poder, siguiendo la tra-

dición histórica, éste sería de un año a partir de la muerte del testador/ declaración judicial de fallecimiento/mayoría de edad de todos los sucesores (más correctamente, presuntos sucesores al no haberse producido aún la delación sucesoria). Ahora bien, no comprendemos la razón que lleva a los promotores de la ley a otorgar la posibilidad al poderdante de conferir por tiempo indefinido el poder solamente al cónyuge o miembro de pareja de hecho.

Creemos que, si aceptamos el poder testatorio como un instrumento del que se dota el causante para diferir la sucesión y en la que prima la nota de confianza (fiducia=confianza) en la persona designada para llevarlo a cabo, solo una estrecha mentalidad podría aceptar poner un límite al no cónyuge/pareja de hecho en detrimento de estos últimos al que se le faculta para ejercitar su derecho por sus días.

Al mismo tiempo, eliminamos de un plumazo todas aquellas disquisiciones jurídicas en torno a cual sería el plazo más acorde para ejercitar el poder (30 años, 20 años, etc.). Hay opiniones para todos los gustos. Incluso que el propio juez pudiese atemperar el plazo en caso de que se lo planteara un presunto sucesor.

### **3. NATURALEZA JURÍDICA**

Si partimos de la idea de que el comisario, aparte de las que le indique expresamente el causante, «tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta Ley y el Derecho supletorio» (art. 33.1 Anteproyecto), y por tanto prácticamente nos hallamos ante su *alter ego* (pudiendo incluso suscribir pactos sucesorios con los presuntos sucesores) no vemos mayor inconveniente en asumir la tesis, extendida en buena parte de la doctrina, de otorgar a los diferentes actos en ejercicio del poder la naturaleza jurídica de dicho negocio, esto es, si optamos por una donación, en el caso de donación de bienes inmuebles debemos de hacerlo en escritura pública (lo que no deja de ser lógico a efectos registrales) en tanto que es muy habitual efectuar donaciones de muebles (dinero) en documentos privados, etc. y aunque no se puede pedir una aceptación análoga a la del Código Civil, si que en todo caso ha de concurrir alguna modalidad de aceptación.

En este sentido, la idea de la irrevocabilidad de este tipo de actos (artículo 44 Anteproyecto y 47 de la actual LCFPV) también encuentra muchas similitudes con la donación del Código Civil, en la medida en que ésta se da únicamente bajo las causas tasadas en el propio Código Civil y en muchas ocasiones no son aplicables al comisario, y en lo que a la institución de los pactos sucesorios se refiere, no debemos olvidar que su revocación precisa del consentimiento de ambos contratantes.

Ahora bien, nos preguntamos qué pasaría si el comisario con estas limitaciones impuestas por la Ley hiciera uso del poder testatorio en acto inter vivos, p. ej: donación, y el elegido no llevara a cabo aceptación alguna, ni expresa ni tácita.

Pues bien, sobre este particular, la fiducia aragonesa, en orden a salvaguardar la necesidad de aceptación (similar, como vemos, al Código Civil) cuando ésta no se da porque los llamados no quieren o no pueden, permite reiterar los llamamientos, y todo ello para evitar la sucesión legal, no querida por el testador. Pues bien, nosotros también acogemos la tesis aragonesa y la asumimos plenamente en la segunda parte del artículo 44 del Anteproyecto: «No obstante, podrá reiterarse el llamamiento si la disposición resulta nula o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptarla. En tal caso, el comisario podrá hacer una nueva designación en el plazo de un año desde que conozca de forma fehaciente estos hechos».

Por otra parte, entiendo que acierta el redactor del Anteproyecto en no limitar a las donaciones los actos habituales de ejercicio del poder testatorio. Muchas notarías no empleaban esa fórmula: simplemente comparecía el comisario y manifestaba que quería hacer uso del poder testatorio.

Del mismo modo, estimamos que si el testamento es esencialmente revocable por el causante, no entendemos la contumaz voluntad del legislador entonces y del proponente del anteproyecto en estos momentos para seguir manteniendo un supuesto de testamento irrevocable, como el recogido en el artículo 43.2 del Anteproyecto, esencialmente idéntico al actual 46.2 LDCFPV:

*El cónyuge viudo o miembro de pareja de hecho superviviente podrá hacer uso en su propio testamento ante Notario del poder conferido por el premuerto, pero solo para disponer entre los hijos o herederos comunes. En este caso, podrá carácter revocable a la disposición realizada en nombre de su cónyuge o miembro de la pareja de hecho superviviente.*

Si aceptamos, por ser acorde a la tradición histórica, que únicamente pueda el cónyuge comisario (ahora también si es miembro de pareja de hecho) hacer uso del poder testatorio en su propio testamento, al igual que la *Fiducia Aragonesa* (salvo disposición contraria del testador o establecimiento de plazo), no terminamos de comprender por que la revocabilidad del poder ha de depender de lo despier-to que en la mañana en la que se otorga el poder esté el Notario o el Abogado del comisario para advertirles de que, en ausencia de declaración en contrario, el ejercicio del poder bajo esta modalidad será irrevocable. Pues bien, la *Fiducia Aragonesa* permite al cónyuge revocar la disposición en testamento y no impide la eficacia de los actos de disposición realizados por el viudo fiduciario con posterioridad, que incluso puede disponer a favor de otro a través del mismo u otro instrumento válido para ejercitar el poder.

Nos preguntamos entonces, por qué no podemos asumir para nuestro derecho unas consecuencias similares, salvo que consideremos que el cónyuge comisario vasco es de peor derecho que el aragonés y por tanto ha de superar más obstáculos para ejercitar el poder conferido que este último.

Pues bien, aceptando el tratamiento que la *Fiducia Aragonesa* otorga al testamento por comisario, podríamos evitar numerosos problemas tales como:

a) ¿Se ha de comunicar al sucesor designado la existencia del testamento irrevocable? ¿Qué obligaciones ha de asumir el Notario? ¿Hay que ir al Registro de Últimas Voluntades cada semana para comprobar si soy heredero?

b) ¿Cuándo se toma posesión del bien? ¿En vida del comisario?

c) A efectos fiscales: si se ha producido la delación sucesoria con la designación concreta de sucesor en un patrimonio particular o universal, ¿se podrá liquidar el impuesto en el momento en que otorgamiento del testamento por comisario si no ha otorgado carácter revocable? Hacienda le pasa la receta a un sucesor que no sabe que lo es.

#### **4. FACULTADES DEL COMISARIO**

Sobre este particular, nos tenemos que felicitar por que por fin disponemos de una regulación más o menos extensa de las facultades de las que dispone el comisario para, en tanto no se haga uso del poder testatorio, proceder a administrar el patrimonio hereditario, llegando incluso a disponer de determinados bienes para satisfacer las obligaciones, deudas y cargas de la herencia «o cuando lo juzgue oportuno, para sustituirlos por otros».

Señala el artículo 43 del Anteproyecto:

*3. El cónyuge o miembro de la pareja de hecho superviviente designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de fianzas y derechos que los garanticen, y realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido. Igualmente estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.*

*4. El cónyuge o miembro de la pareja de hecho superviviente designado comisario, representante y administrador del patrimonio 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.*

*5. Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho superviviente designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas, 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.*

Nadie se sonrojará si decimos que los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 43 constituyen un trascripción literal de la regulación contenida en la *Fiducia Aragonesa*, con la salvedad de que todo este entramado de facultades que agilizan y dinamizan la gestión diaria de la herencia yacente es aplicable únicamente en nuestro caso para el cónyuge viudo o miembro de pareja de hecho cuando es nombrado comisario, representante y administrador, en detrimento de otros comisarios en quienes no concurra esta circunstancia. Ahora bien, lo que llama la atención es que curiosamente la legislación de la que se han tomado estas disposiciones no hace distinciones entre uno y otro tipo de comisario. En su consecuencia, si mantenemos la redacción actual, para el caso de los comisarios *extraños* nos hallaríamos en la misma situación que la presente antes de la reforma, esto es, bajo una ausencia completa de regulación al respecto, y sin que parezca pueda ser aplicable por analogía la normativa creada para el comisario cónyuge o pareja de hecho, por razones del todo punto obvias: si el legislador hubiera querido ampliar a toda la tipología de comisario el contenido de los párrafos 3, 4 y 5 del Anteproyecto, no hubiera contemplado una distinción previa.

Esperemos por ello que el debate que necesariamente ha de continuar a través de los diferentes operadores jurídicos hasta la definitiva aprobación de la nueva Ley de Derecho Civil Vasco tenga en cuenta, entre otras, la circunstancia que acabamos de indicar.

Por último, nos queda efectuar una pequeña precisión respecto al contenido del párrafo 5º del artículo 43: «si existieran legitimarios y los actos de enajenación (...) será necesaria la autorización de cua-

lesquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios menores e incapaces, la autorización judicial».

En efecto, esta nueva regulación nos sugiere algunas cuestiones que estimo deben ser tratadas en el debate que hemos mencionado anteriormente:

a) ¿Que naturaleza jurídica tiene ese consentimiento cuando se da una simple subrogación real de bienes o incluso con la finalidad de liquidar una deuda de la herencia?

b) Si hay afectado un bien inmueble de la herencia, ¿se inscribirá inicialmente el bien a nombre del legitimario en el Registro de la Propiedad o se pasará directamente del causante al tercero adquirente?

c) ¿A quien se liquida la plusvalía? ¿A la masa hereditaria? ¿Al legitimario?

d) Cuando existen legitimarios y éstos no quieren o no pueden otorgar este consentimiento, ¿se puede acudir a la autoridad judicial, al igual que en el caso de legitimarios menores de edad? Pensamos que sería lo más conveniente, pues en otro caso el problema del comisario se perpetúa y la reforma que venimos encarando no hubiera cumplido la función de mejorar la normativa actual para la que está llamada.

e) ¿Dónde encontramos acomodo en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil al procedimiento judicial que se contempla en el Anteproyecto?

En fin, son muchos los interrogantes que se nos abren a medida que profundizamos en el análisis del Anteproyecto y otros muchos más que segundo se me han podido pasar, pero al menos creo haber cumplido con la idea inicial de esta comunicación, que no es otra que la provocar vuestra reflexión para entre todos llegar a crear la mejor Ley de Derecho Civil del País Vasco posible que nos dure al menos algún tiempo más que la presente.

***Juan Carlos Martínez Llamazares***