

# La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco ¿fiducia o poder testatorio?

JESÚS J. FDEZ. DE BILBAO Y PAZ

Abogado y Doctorando

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 6/06/2021

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 10/11/2021

**Resumen:** La tipificación de la naturaleza jurídica de la sucesión por comisario es una querencia muy acusada en la Doctrina que la lleva por mecanicismo interpretativo a perder la noción de su sentido.

**Palabras clave:** Poder testatorio, representación del causante. Fiducia sucesoria, actuación del fiduciario en propio nombre sobre un patrimonio ajeno.

**Euskal zuzenbide zibilaren legean komisario bidezko oinordetza. Fiduzia edo testamentuko ahalordea?**

**Laburpena:** Komisario bidezko oinordetzaren tipifikazioa doktrinaren aspaldiko nahia da. Izan ere, interpretazioaren indarrez erakunde honek bere jatorrizko esanahia galdu izan du askotan.

**Gako-hitzak:** Komisario bidezko oinordetza, hildakoaren ordezkari, oinordetzaren fiduzia, fiduziarioaren jardura bere izenean eta inoren ondarearen gainean.

**The power of appointment in the Basque Civil Law. Trust or power of appointment?**

**Abstract:** The legal classification of the power of appointment is a must it among the Doctrine which leads, due to interpretation mechanics to loose its point.

**Key words:** Power of appointment, appointment of heirs on behalf of the testator. Trust, the trustee acts in its own name over a third's party patrimony.

**SUMARIO:** I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO. II. DIFERENTES TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO ESPAÑOL COMPARADO. III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO EN LA LDCV. IV. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA TIPIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO COMO PODER TESTATORIO. V. LA ESENCIA DEL CARGO DE COMISARIO-VIUDO ES LA MISMA QUE LA DEL COMISARIO ORDINARIO.

## I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO

### 1. Concepto amplio

CÁMARA LAPUENTE<sup>1</sup> pone de manifiesto que hay varias figuras que se podrían incluir dentro de la “confianza sucesoria” o “fiducia sucesoria”, entendidas como “aquellas instituciones en las que los testadores encomiendan a personas de su confianza encargos sobre la aplicación de los bienes relictos a un destino, para cuya ejecución les invisten de facultades más o menos amplias, con un mayor o menor grado de arbitrio sobre la forma de acomodar esa destinación”, obviamente, por causa de muerte.

Por lo tanto el concepto amplio sería el que bautizó “como fiducia testamentaria” la STS de 30-10-1944, de la que fue ponente José Castán Tobeñas y que luego comentaremos. Concepto amplio que critica NÚÑEZ IGLESIAS<sup>2</sup> por cuanto que la expresión “disposición fiduciaria” debe reservarse para las instrucciones reservadas, las herencias de confianza, los fideicomisos secretos y, en general, para los encargos confidenciales.

Por ello nos parece más adecuada la expresión “confianza sucesoria”. Efectivamente, recuerda ESCOLÁN<sup>3</sup>, que la fiducia romana tenía dos modalidades: “1.- Fiducia «cum amico» que en esencia se trataba de una fórmula para salvar el patrimonio en caso de confiscación a la que tan afi-

<sup>1</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Universidad de Navarra y Dykinson, Madrid, 1996. ISBN: 84-8155-161-1, pp. 13 y ss. y 597.

<sup>2</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991. ISBN: 84-404-9869-1. pp. 334.

<sup>3</sup> ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*. Aranzadi-Thompson-Reuters, 2013. ISBN: 978-84-9059-052-2, pp. 42.

cionados eran los romanos, sobre todo si se trataba de enemigos políticos. Era una figura casi consensuada de manera que se cedía a una persona de entera confianza el dominio sobre los bienes a través de una transmisión para efectos de uso, pero con un pacto de devolución en el momento en el que se acordase. 2.- Fiducia «cum creditore» que era, básicamente, una garantía que se daba a un acreedor. Era más o menos como una prenda en depósito, ello hasta que se liquidaba la cuenta y la prenda se restituía. En el caso de no pagar la deuda, la prenda podía ser vendida para cubrir el monto de dicha deuda”.

No obstante, dentro de esos encargos de confianza habrá tanto variantes que alcancen dicha fiducia con transmisión a un intermediario, como puras delegaciones de la facultad de testar. Por tanto, dentro de dicho concepto amplio, ha habido muchos intentos de clasificar dicho grupo de instituciones:

1.1. *La clasificación de LAVANDERA*<sup>4</sup>. La más antigua que se ha hecho en España, distingue entre: 1.1.1.- Heredero administrador, en el que el fiduciario es un *nudus minister* de la voluntad del testador (“instituyo heredero a Tizio, y mientras no llegue a los treinta años, administrará la, herencia Sempronio”). 1.1.2.- Heredero de confianza (“el testador lo instituye con el encargo reservado de ser depositario y gerente de la herencia o legado hasta el día en que deba restituirlo al verdadero heredero o legatario (*fiducie proprie*)”). 1.1.3.- Heredero al arbitrio de otro o sujeto o cumplimiento de la condición potestativa de un tercero (si Ticio escribe un libro). 1.1.4.- Heredero distributivo, en que “considerando a veces insuficiente el albaceazgo, se cree preferible instituir un heredero con las instrucciones necesarias para entregar o, invertir

---

<sup>4</sup> LAVANDERA y BLANCO, Víctor. “Instituciones Fiduciarias”. En *Revista de Derecho Privado* (España). Año X, número 116, abril de 1932, pp. 171.

todos los bienes o parte de ellos”. 1.1.5.- Heredero modal, en que se tiene la obligación de emplear todos los bienes o parte de ellos en el fin señalado por el testador, ejecutar la carga impuesta a la liberalidad con facultades discrecionales. 1.1.6.- Los albaceas con facultades de ejecución amplia de la voluntad el causante (un mandatario impuesto al heredero por el testador para garantizar la ejecución con las facultades conferidas). 1.1.7.- Los herederos o albaceas con facultad de elección: cuando el causante otorga al heredero o albacea como medio de ejecución libre para designar, dentro de categorías determinadas, o en condiciones señaladas, al favorecido con la disposición, por no poder indicarlo inmediatamente, por no existir cuando testa o muere, o por tratarse de personas indeterminadas; no concediendo a ninguna derecho para reclamar, pero el elegido recibe la liberalidad del causante.

1.2. *La STS de 30-10-1944*<sup>5</sup> (CASTÁN) *distinguió*: 1.2.1.- Investidura de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por

---

<sup>5</sup>“CONSIDERANDO.- Que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas «sub modo», fideicomisos, donaciones «mortis causa» con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza)”.

comisario). 1.2.2.- Concesión nada más de la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.). 1.2.3.- Sucesor modal ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas «sub modo», fideicomisos, donaciones «mortis causa» con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente; 1.2.4.- confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza).

1.3. CÁMARA LAPUENTE<sup>6</sup> hace dos clasificaciones. La primera tipificación la efectúa conforme al contenido del encargo al delegado, la segunda según el carácter secreto o reservado de sus instrucciones a seguir. 1.3.1.- Conforme al contenido diferencia entre: a) la confianza “latu sensu”, que incluiría a las sustituciones fideicomisarias y fideicomiso de residuo, instituciones “sub modo”, albaceas, contadores-partidores y el mandato *post mortem*. Y por otro lado b) la fiducia “strictu sensu”, dentro de la cuál habría las figuras que confieren al delegado facultades omnímodas de elección (comisario en la legislación del País Vasco), frente a las que sólo tienen un arbitrio restringido a elegir o distribuir entre ciertos sucesores (casi todas las del Derecho interregional civil español<sup>7</sup>) y, por fin, cuando el delegado

<sup>6</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 17 y ss.

<sup>7</sup> Fiducia aragonesa (art. 439 a 463 CDF Aragón), heredero distribuidor en Mallorca y Menorca (art. 18 CDC Baleares), cláusula de confianza en Ibiza y Formentera (art. 71 CDC Baleares), la “institución de heredero por fiduciario”, “heredero distributivo” o “cláusula de confianza” (art. 424-1 y ss. CCCat); el comisario en Galicia (art. 196

no tiene margen alguno de elección, o éste es mínimo<sup>8</sup>. 1.3.2.- Según el carácter secreto o no de la encomienda: a) dentro de las figuras secretas estarán el “nuntius”, el ejecutor o albacea de confianza y el heredero y legatario de confianza. b) Entre las nos secretas distingue los anteriores supuestos de confianza o fiducia sucesoria “stricto sensu” y “lato sensu”.

1.4. VALLET<sup>9</sup> diferencia: 1.4.1. El fiduciario ilimitadamente comisionado para designar heredero a la persona o fundación que a su libre arbitrio determine, prohibido por el art. 670 CC y cuyo ejemplo típico es el comisario foral vizcaíno. 1.4.2. El fiduciario limitadamente comisionado para designar heredero o herederos, distribuir desigualmente entre unos y excluyendo a otros, dentro del género de personas (hijos, descendientes, hermanos, sobrinos, parientes) u obras que el testador determina y que el comisario debe especificar (propios de Navarra y Aragón). 1.4.3. El fiduciario facultado para interpretar la voluntad del testador, resolviendo las dudas que pudieran presentarse. 1.4.4. El fiduciario que no es, verdaderamente, sino un depositario, administrador del caudal relicto, en tanto no se superen determinadas circunstancias (minoría, falta de madurez, ausencia, influencia o representación no querida, etc.). 1.4.5. El fiduciario o heredero de confianza a quien en secreto el testador comunicó su voluntad, bien para que la revele, como testigo cualificado, o bien, para que la guarde en secreto, pero la cumplimente y ejecute, como un verdadero órgano del testador en el que éste depositó su confianza (prohibida

---

LDCGalicia), fiduciario-comisario (ley 281 CDCFN Navarra). Y en el Derecho civil común, el Cónyuge distribuidor (art. 831 CC) y los mandatarios de distribución en favor de clases determinadas o por el alma del testador (art. 641, 747, 749 y 751 CC).

<sup>8</sup> Los fideicomisos puros de tipo romano: art. 781 y ss. CC; arts. 25-37 CDCBaleares; leyes 224-239 Navarra. Las herencias, leyes 289-295 Navarra. Heredero de confianza y legados de confianza, art 424-11 y ss. CCCat.

<sup>9</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1982. ISBN: 84-7398-219-3, pp. 220 y 221.

totalmente por el art. 785-4º CC y permitida en las legislaciones civiles (Cataluña y Navarra). 1.4.6. Fideicomisos propiamente dichos, supuestos de fiducia plena y secreta “cum amico” mortis causa, que no pueden calificarse de simulados, pues la institución de heredero es verdaderamente querida por el testador aunque el testamento no revela completamente la voluntad del testador.

1.5. RIVAS MARTÍNEZ<sup>10</sup> recoge una categorización similar: 1.5.1.- Supuestos de Fiducia plena, aquélla totalmente oculta, tanto en su contenido, como en su propia existencia. 1.5.2.- Herederos o fiduciarios de confianza de modo que el testamento sólo se oculta su contenido, pero no su existencia ni el nombre de los fiduciarios 1.5.3.- Fiduciarios y comisarios con facultad de elegir herederos o distribuir los bienes igual o desigualmente: art. 831 CC, la fiducia sucesoria en Aragón, el heredero distribuidor en Mallorca y Menorca y la fiducia sucesoria en Ibiza y Formentera; instituciones fiduciarias en Cataluña<sup>11</sup>, los fiduciarios-comisarios en Navarra, el comisario o alkar poderoso vasco y el testamento por comisario en Galicia. 1.5.4.- Fideicomisos propiamente dichos, los fideicomisos puros, los fideicomisos de sustitución (entre ellos los de residido *de si aliquid supererit* y los *de eo quod supererit*) y la institución preventiva de residuo. 1.5.5.- Y albaceas y contadores partidores. Son instituciones de confianza del testador, encaminadas a la ejecución y cumplimiento de su última voluntad.

<sup>10</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones Común y Foral*, tomo II. Dykinson, Madrid, 2009. ISBN 978-84-9849-426-6, pp. 1341 y ss.

<sup>11</sup> Aquí dicho autor incluye al heredero fiduciario para elegir fideicomisario (art. 426-1 1 CCCataluña), la cláusula de confianza a favor del cónyuge o conviviente sobreviviente respecto de los hijos y descendientes comunes (art. 424-1 y ss) y la fiducia electiva conferida a dos parientes (art. 424-5 y ss).

## 2. Concepto reducido

Por lo tanto, frente a la amplia gama de figuras analizadas, a los efectos del testamento por comisario en la LDCV, hemos de quedarnos, dentro de la clasificación de CÁMARA LAPUENTE sólo con lo que denomina “*fiducias sucesorias strictu sensu*”. Dentro de las mismas, veremos si la sucesión por comisario vasca habrá de bascular hacia un delegado facultades omnímodas de elección (poder testatorio o testamento por comisario) o el que sólo dispone de un arbitrio restringido a elegir o distribuir entre ciertos sucesores (fiducia sucesoria propiamente dicha).

## 3. Concepto actual y estricto. ¿Subsistencia actual del vero poder testatorio o reducción a mera fiducia sucesoria?

3.1. *Planteamiento*: Es la concepción clásica de SÁNCHEZ ROMÁN<sup>12</sup>, quien definía el testamento por comisario como el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra (comitente), en virtud de poder que al efecto ésta le confería. De manera similar ROCA SASTRE<sup>13</sup> distingue aquel acto en el cual el derecho que el padre o madre, o ciertos parientes atribuyen a una tercera persona, de elegir heredero o distribuir la herencia entre los hijos, para el caso de morir aquéllos sin haber instituido heredero.

CELAYA<sup>14</sup> mejoró en 1972 dicha definición de SÁNCHEZ ROMÁN, aclarando que la eficacia se desplegaba tras la muerte del causante: el testamento por comisario es el otorgado por una persona (comisario) a

<sup>12</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil*. Tomo 6º, derecho de sucesión “mortis causa”, vol. 1º. Sucesores de Ribadeneira, Madrid, 1910, pp. 313 y 314.

<sup>13</sup> ROCA SASTRE, Ramón María. “L’heretament fiduciari al Pallars Sobirà”, Conferéncies sobre varietats comarcáis del Dret Gvil Cátala, Barcelona, 1934”. En *Estudios sobre sucesiones*. Tomo II, Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2, pp. 280.

<sup>14</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. “El testamento por comisario”. *Anuario de derecho civil*, vol. 25, nº 3, Madrid, 1972, pp. 736.

nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió. También de manera parecida, ASÚA<sup>15</sup> lo define así: “En el art. 30 LDCV se establece que el causante (mal denominado en el precepto testador) pueda encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor; la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”.

Pero el poder testatorio, o la posibilidad de, literalmente, otorgar testamento por otro, causa actualmente rechazo en la Doctrina por razones de dogmática jurídica, cuyo máximo exponente es la citada ASÚA<sup>16</sup> para quien es “inmantenible, máxime porque es innecesario para el logro de las finalidades perseguidas con la institución, la consideración de que el comisario, cuando ordena una sucesión ajena, representa a una persona ya fallecida”. Este prejuicio no se da en la Jurisprudencia, que lo acepta con naturalidad<sup>17</sup>.

Pero lo cierto es que la reducción del poder testatorio a mera fiducia triunfó en la reforma por Ley 3/1999 del Fuero de Gipuzkoa, que dio

<sup>15</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”. En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia (coord.). *Manual de Derecho Civil Vasco*-, Atelier Libros, Barcelona 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 361.

<sup>16</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M<sup>a</sup>. Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 943: “En la actual evolución de las ideas jurídicas, debería ya resultar inmantenible, máxime porque es innecesario para el logro de las finalidades perseguidas con la institución, la consideración de que el comisario, cuando ordena una sucesión ajena, representa a una persona ya fallecida (en el mismo sentido, GALICIA, 2009, IV). Lo que estaría es, como se acaba de señalar, realizando actos de disposición sobre un patrimonio ajeno que culminan el proceso sucesorio; pero se habría de entender que semejantes actos los realiza el comisario actuando en nombre propio y no en nombre ajeno». Anteriormente la misma autora en *Designación de sucesor a través de tercero*. Tecnos, Madrid, 1992. ISBN: 84-309-2258-X, pp. 51.

<sup>17</sup> STS, de 30-10-1944 y más modernamente la SAP de Bizkaia, sec. 5<sup>a</sup>, 02-05-2018.

redacción al art. 164.2 Ley 3/1992 en el sentido que el nombramiento de comisario únicamente será válido si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación o si, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos<sup>18</sup>.

Y eso es lo que se deduce, al menos aparentemente, del art. 33.2 LDCV, la idea meramente fiduciaria: “Si el testador ha indicado las personas entre las que el comisario ha de elegir, deberá éste atenerse a lo establecido en el poder. Si no hubiera ninguna indicación de este tipo, el comisario deberá elegir entre el cónyuge viudo, el miembro superviviente de la pareja de hecho y los herederos forzosos, y cuando se trate de bienes troncales solamente podrá elegir entre los tronqueros”, cuya redacción se arrastra desde el Anteproyecto de 2000 de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País<sup>19</sup> cuya memoria nada explica de la razón del cambio respecto de la Ley 3/1992. Será URRUTIA<sup>20</sup> quien explique que se intenta evitar una utilización del poder testatorio que desvíe los bienes sujetos al

<sup>18</sup> Literalmente se acoge la tesis de ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel en *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su “conservación, modificación y desarrollo”*, obra cit., Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/1549725/1573708/dic-tamen.pdf>, pp. 66: “Obsérvese que, a falta de especificación por el causante (artículo 164.2.1º) y a falta de herederos forzosos (artículo 164.2.2º), el nombramiento del comisario será ineficaz, De este modo, y a diferencia de lo que parece desprenderse de la literalidad del Derecho vizcaíno, no se permite una absoluta -y, por ende, peligrosa- dejación en manos ajenas -las del comisario- de la total responsabilidad de la ordenación sucesoria”. La idea ya la manifiesta 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. 376.

<sup>19</sup> REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAÍS. *Primer Anteproyecto de Derecho Civil Vasco*. RSBAP, Bilbao, 2000. ISBN 84-89689-10-5, pp. 27 y 29.

<sup>20</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup> en “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia, Óscar Monje y Francisco Lledó (dir.) y Andrés M<sup>a</sup>. Urrutia (coord.). *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. 374 y 375.

mismo de destino familiar, esto es, el cónyuge, hijos y pareja de hecho, lo que proviene de la constante práctica notarial del poder testamentario; de designar el círculo de personas entre las cuales el comisario puede ejercitar sin que este círculo quede abierto de forma innominada.

3.3. *Situación actual*: El fenómeno de la sucesión por comisario según CELAYA<sup>21</sup> es la ordenada por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud del poder que ésta le confirió y se integra por dos actos: 1º.- el poder sucesorio, que es un acto del causante o comitente en el que autoriza a otra persona para disponer de sus bienes tras su muerte (art. 30 LDCV), y 2º.- el acto de atribución sucesoria por cuenta del causante que otorga el comisario designado, haciendo uso del poder (art. 18 y 43 LDCV). Exactamente en esos términos se expresa la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018<sup>22</sup>.

Concluimos que la reducción a fiducia es meramente aparente en el actual texto legal, por las siguientes razones:

<sup>21</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. “Sección 3ª. Del poder testatorio y del testamento por comisario”. En Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart (dir.). “Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales”. Tomo XXVI. EDERSA, Madrid, 1997. ISBN 84-7110-875-4, pp. 162.

<sup>22</sup> “El testamento por comisario que supone una excepción al principio general del C° Civil del testamento como acto personalísimo (art. 669 y art. 670) supone cronológicamente dos momentos diferentes: El primero determinado por la realización del testamento por el comitente, en vida de éste, momento en el que éste designa el comisario o los criterios para su determinación, junto con las disposiciones para su actuación como comisario. Este primer momento exige el otorgamiento de testamento ante notario. El segundo, precisado en uno o varios actos y que puede prolongarse a lo largo del tiempo, supone la utilización del poder testatorio por el comisario, que en uno o varios actos, como luego veremos, dispone de todo o parte de los bienes a favor de los sucesores del comitente que pasan a ser, tras este acto, los sucesores efectivos del comitente, sin perjuicio de la posibilidad de revocar este acto de ejercicio del poder testatorio en los casos en que la ley lo permite...”.

3.3.1. Desde el punto de vista gramatical, acierta ASÚA<sup>23</sup> 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, como veremos luego la nota característica de la representación directa, no la indirecta que propugna dicha autora.

3.3.2. Desde la óptica teleológica: el consiguiente carácter cuasi libérrimo del comisario en lo no ordenado por el causante (art. 4, 30 y 46 LDCV y OÑATE<sup>24</sup>).

3.3.3. El argumento histórico: asimismo, cabe apuntar que el art. 33.2 LDCV no es tan radical como en el art. 164.2 Ley 3/1992 pues no condiciona la validez<sup>25</sup> de la institución de comisario al nombramiento de la gama de sucesores potenciales o que existan legitimarios del causante, sino que lo reduce a requisito de ejecución, gama que puede tan amplia como quiera establecer el causante, pues esta norma es dispositiva, como se deduce del inicial (en todos los sentidos) art. 30 LDCV y, asimismo, los art. 4, 18 y 46 LDCV sobre la prevalencia de la voluntad del causante. Es decir, la LDCV se limita a exigir (art. 33.1 LDCV) como presupuesto de la eficacia de la ejecución, no de la ordenación de la sucesión por comisario la, concreción por el causante del potencial grupo de sucesores y, por su falta dicha determinación la efectúa la propia ley.

3.3.4. El canon sistemático deducido del ap. 3 del art. 32 LDCV (“A falta de herederos forzosos, el comisario podrá designar sucesores libremente”) nos da la clave de su anterior ap.2, que es la misma que la del

<sup>23</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362.

<sup>24</sup> OÑATE CUADROS, Fco. Javier en “Abran paso a la libertad civil (II)”. En *Egiunea*, Revista Notarial del País Vasco, n° 7 agosto-octubre 2020, Bilbao, 2020, pp. 17.

<sup>25</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso (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. 906.

art. 30, que el comisario podrá lo mismo pero no más que el causante, luego habrá de respetar las legítimas, troncalidad, reservas y reversiones. Es decir, el comisario puede disponer como bien le parezca dentro del grupo de personas cuya genérica delimitación no tiene límite para el causante. Y, aun en el supuesto de que este último no señale el grupo de beneficiarios, salvadas o pagadas a sus destinatarios las restricciones a la libertad de testar el comisario podrá ejercer su función por lo demás como podría hacerlo aquél.

3.3.5. La analogía con el usufructo poderoso ayalés, que también ha evolucionado en un sentido similar y cabe interpretar una institución por la otra y viceversa (cfr. art. 91.4 LDCV). Tras la Ley 3/1992, que reguló por escrito el *usufructo poderoso* por primera vez, discutía la Doctrina, si, dada la redacción del art. 140 LDCV<sup>26</sup>, el delegado sólo tenía una elección “certis de incertis”, limitada a optar entre los hijos y descendientes del causante<sup>27</sup>, o bien podía elegir sucesor libremente conforme a la libertad civil del fuero de Ayala<sup>28</sup>. El actual art. 91.2 LDCV concede al usufructuario poderoso la facultad de disponer y elegir “de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo”, que era la in-

<sup>26</sup> “El usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito, ‘inter vivos’ o ‘mortis causa’, de la totalidad o parte de los bienes, en favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo”.

<sup>27</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 582.

<sup>28</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*. Diputación Foral de Álava, 1999. ISBN 84-7821-401-1, pp. 117 y 123. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”. En M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-3604-0, pp. 434.

terpretación de la mayor parte de la Doctrina<sup>29</sup>, que se desprendía de la comparación entre el aparentemente restrictivo art. 140 y el ampliatorio art. 141 LDCV: Que por defecto los destinatarios eran los hijos y descendientes del causante aunque éste era libre de señalar otros<sup>30</sup>.

El actual art. 91.2 LDCV concede al usufructuario poderoso la facultad de disponer y elegir “de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo”, que era la interpretación de la mayor parte de la Doctrina<sup>31</sup>,

<sup>29</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 123. SALAZAR IZAGUIRRE, Jon Joseba. *El fuero de Ayala-Aiarako Forua*. Recuperado de <http://www.forulege.com/dokumentuak/Aiarako%20Forua-Fuero%20de%20Ayala.pdf>, pp. 19: “la disposición deberá hacerse a favor de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo, salvo que en el ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo señale las personas entre las que el usufructuario pueda designar al destinatario de los bienes. Para que el usufructuario poderoso pueda dejar los bienes a otros que no sean los hijos o descendientes, el constituyente del usufructo deberá habérselo autorizado”. Y un servidor también lo propugnó: FDEZ. DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN 978-84-7752-562-2, pp. 339.

<sup>30</sup> TAPIA PARREÑO, José Jaime. “El fenómeno sucesorio en Álava”. En *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 358. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 419. GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel. “Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)”. 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. 745.

<sup>31</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 123. SALAZAR IZAGUIRRE, Jon Joseba. “El fuero de Ayala-Aiarako Forua”, <http://www.forulege.com/dokumentuak/Aiarako%20Forua-Fuero%20de%20Ayala.pdf>, pp. 19: “la disposición deberá hacerse a favor de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo, salvo que en el ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo señale las personas entre las que el usufructuario pueda designar al destinatario de los bienes. Para que el usufructuario poderoso pueda dejar los bienes a otros que no sean los hijos o descendientes, el constituyente del usufructo deberá habérselo autorizado”. Y

que se desprendía de la comparación entre el aparentemente restrictivo art. 140 y el ampliatorio art. 141 LDCV: Que por defecto los destinatarios eran los hijos y descendientes del causante aunque éste era libre de señalar otros<sup>32</sup>.

Este art. 91.2 LDCV contrasta con el art. 31.2 LDC para el comisario foral. En éste último no hay duda de que la designación de gamas de sucesores es requisito de ejecución, no de existencia de la figura. A la misma conclusión llega para el *usufructo poderoso*, con razón GOIKOLEA MARTÍN<sup>33</sup>, quien integra ambos preceptos, de modo que a falta de señalamiento por el constituyente de alguna categorías de sucesores el *usufructuario poderoso* debe de elegir entre los descendientes o el viudo (o pareja de hecho) del comitente. Solución radicalmente diferente es la de GIL RODRÍGUEZ<sup>34</sup>

---

un servidor también lo propugnó: FDEZ. DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 339.

<sup>32</sup> TAPIA PARREÑO, José Jaime. “El fenómeno sucesorio en Álava”. En *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 358. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 419. GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel. *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 745.

<sup>33</sup> GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel. “Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)”. En *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 753.

<sup>34</sup> GIL RODRÍGUEZ, 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. 984-986: Si faltara esta nominación, expresa o implícita, de posibles sucesores, la constitución del usufructo poderoso devendrá ineficaz, siquiera en la vertiente fiduciaria, debido a que el causante ha renunciado a conducir voluntariamente su tracto sucesorio más allá de conferir el mero disfrute usufructuario. También sucedería lo mismo si la designación de los sucesores hubiera quedado establecida por el causante en tal modo que apareciera vedada para el usufructuario la posibilidad de modular la misma, o ello derivara de las propias circunstancias del llamamiento, al concurrir, por ejemplo, un solo hijo o descendiente del causante; supuestos más propios de ser calificados de sustitución fideicomisaria o de fideicomiso de residuo.

para quien tal designación de potenciales sucesores es requisito de la validez, no del usufructo pero sí de la fiducia sucesoria aneja al mismo. Opto por la opinión de GOIKOLEA, en defensa de la cual recuerdo el principio *favor negotii* que supone la aplicación del art. 31.2 LDCV, llamamiento a la descendencia que es lo que históricamente protegía el *usufructo poderoso*, la literalidad del art. 91.2 LDCV que identifica dicho *nomen iuris* con la delegación de la potestad de ordenar la sucesión “a favor de los hijos o descendientes del constituyente” y (adicional o subsidiaria o alternativa-mente) “otras personas señaladas expresamente por el mismo”. Asimismo no hay sanción de nulidad, como hizo en su día se cuidó de establecer el art. 164.2 Ley 3/1992 (comisario sujeto al Fuero de Gipuzkoa). Añadamos que la opinión del insigne catedrático supone enervar de entrada la nacementa del *usufructo poderoso* examinando requisitos de capacidad y legitimación de los sucesores al momento de constitución del poder, no al de su ejercicio (cfr. art. 32.2 LDCV). Es decir, si hay un solo hijo al abrirse la sucesión (caso que propone como enervador del fenómeno de la delegación de la testamentificación) no por eso ha de decaer la fiducia, la vida es muy rica y sorpresiva y el delegado podrá elegir el cuánto y el cuándo de su elección cuando quizás haya más descendientes<sup>35</sup>. Finalmente bastaría

<sup>35</sup> En Bizkaia se planteó la cuestión del caso que sólo haya un único sucesor forzoso, en ausencia de cónyuge a proteger, una duración exorbitada de la pendencia de la ejecución del encargo del comisario era un injustificado gravamen sobre la legítima, tal y como defendieron ARZANEGUI SARRIKOLEA, Julián. “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”. *JADO*, Boletín de la AVD/ZEA, ISBN: 84-8968919-9, 2004, núm. extraordinario 1, pp 126, GIMENO GÓMEZ LA FUENTE, Fco. Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 176 y FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 173. Sin embargo, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 ha entendido que sí se puede nombrar un comisario, con graves conflictos de intereses intra y extra hereditarios contrapuestos al del único hijo del causante –éste divorciado–, por un plazo de 30 años añadidos al legal de uno, porque así lo quiso el causante y sin que pueda ser considerado

una designación muy genérica de las categorías de beneficiarios para salvar la ineficacia predicada por tal sector doctrinal.

## II. DIFERENTES TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZ JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO ESPAÑOL COMPARADO

Parafraseando a ALBALADEJO y PUIG FERRIOL<sup>36</sup> respecto del albaceazgo, se podría decir que tratar de encontrar la naturaleza jurídica del comisario es un trabajo inútil, pues se trata de una institución *sui generis*, con

---

una desheredación de facto ni fraude de ley. También la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005: “E igualmente, con base en los hechos tenidos por acreditados en las sentencias anteriores, tampoco cabe entender que en la fijación del periodo de 25 años para ejecución de la fiducia exista una intención de fraude de ley que haga inoperante la cobertura legal de libre establecimiento de plazo por el causante que otorga el artículo 129 de la LS. Por el contrario, el señalamiento de tan dilatado lapso de tiempo para la ejecución de la fiducia resulta coherente, en este caso, con la clara voluntad del testador de que la herencia se defiera, por lo ya dicho, incluso a descendientes suyos no concebidos al tiempo de su muerte”. Implícitamente también se deduce el mismo pensamiento de la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 01-07-2004 pues bien, conforme a lo prevenido en el art. 14.1 L 1/1999 CA de Aragón “Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la fiducia exclusivamente a favor de alguno de o algunos de ellos, con la misma libertad con que podía hacerlo el causante”, y según dispone el art. 10.1 L 1/1999 CA de Aragón “No obstante, en la sucesión voluntaria pueden disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura viva al tiempo de la apertura de la sucesión”. Así las cosas, es llano que la fiduciaria conserva todavía facultad de elección que se niega en la demanda, pues la sucesión podría ser ordenada a favor de los descendientes futuros de cualquiera de los hijos, lo que condujo en su día a la desestimación de la demanda y lleva ahora al rechazo de la apelación”.

<sup>36</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XII, vol. 2º, EDESA, Jaén, 1979. ISBN 84-7130-278-0-84-7130-216-0, pp. 13. PUIG FERRIOL, Luis. *El albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1967, pp. 42.

sustantividad propia y lo que verdaderamente importa es averiguar que reglas se le aplican en defecto de las suyas propias. Pero al final de este capítulo veremos que no es así, la opción que tomemos llevará consigo consecuencias jurídicas ciertas.

Probablemente falte una regulación general, al menos en España, de los delegados para testar, como tampoco la hay respecto de la persona jurídica o el poder. Vamos a hacer un esfuerzo en reducir la múltiple variedad de ideas sobre el particular, con una clasificación que no será original, sino copiada del maestro CASTÁN<sup>37</sup> para el albaceazgo: 1. Sistemas fundados sobre la analogía. 2. Sistemas que tienen por base la idea de la representación. 3. Sistemas fundados sobre la idea que la delegación es unja carga que se impone a un sucesor más o menos pleno de retransmitir todo o parte de la herencia a terceros. 4. Sistemas fundados en los grados de formación de la voluntad del testador. 5. Sistemas del titular de un poder de disposición *mortis causa* sobre un patrimonio ajeno.

En general, todas estas explicaciones tratan de encontrar una alternativa a la tradicional que el comisario es un representante del causante para ordenar la sucesión de este último. Así se deduce de la definición de *comisario* en el Diccionario de la RAEL: “*comisario, ria. Del b. lat. commissarius, y este der. del lat. commissus, part. pas. de committre ‘cometer’*. 1. m. y f. Persona que tiene poder y facultad de otra para ejecutar alguna orden o entender en algún negocio”.

## 1. Sistemas fundados sobre la analogía

*1.1. El delegado para testar como simple portavoz o “nuntius” de la voluntad del testador.* Su cometido consiste en recibir la encomienda del causante y revelarla cuando proceda, que es lo que ocurre con las herederos y legatarios.

<sup>37</sup> CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo VI, Sucesiones, Vol. II. Ed. Reus, Madrid, 1979. ISBN 84-290-1203-6, pp. 365.

rios de confianza (leyes 289-295 CDCNavarra, art 424-11 y ss. CCCat), pues éstos se limitan, ora a revelar dicha voluntad, ora a ejecutarla directamente sin desvelarla, luego se limitan a reproducir una voluntad ajena, la del causante, que elige un modo de publicitarla alternativo al testamento documental. Por el contrario el comisario emite una declaración de voluntad propia, aunque sujeta a veces a instrucciones, generalmente libérrima y propia.

Tiene razón MARTÍNEZ-CORTÉS<sup>38</sup> cuando dice que el heredero de confianza “sólo es un heredero aparente, más bien un testigo cualificado, que no hace sino exteriorizar una voluntad ajena”. Aunque entendiésemos el portavoz tan ampliamente como Díez-PICAZO y LACRUZ<sup>39</sup>, para quienes es un verdadero representante, aunque indirecto, pues tiene facultades interpretativas del causante y puede concluir o no el negocio encomendado, luego en palabras del último autor citado “no es una paloma mensajera”. El heredero de confianza es una figura muy alejada del comisario de la LDCV, pues este último tiene plena libertad de ordenar la sucesión en lo que no le limite el causante (art. 33.1 LDCV), o, como dice GIMENO<sup>40</sup>, el comisario, al elegir heredero, emite una declaración de voluntad propia.

1.2. *El delegado para testar como mandatario “post mortem”*. Recuerda MARTÍNEZ CORTÉS<sup>41</sup> que GIAMPICOLO es autor de la tesis según la cual

<sup>38</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 19.

<sup>39</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1979. ISBN: 84-7398-086-7, pp. 53 y 54. LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*. Iª Parte General del Derecho Civil, vol 3º. Bosch, Barcelona, 1984. ISBN 84-7294-169-8, pp. 295 y 296.

<sup>40</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 138.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS Gimeno, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

hay un mandato «post mortem» por el que el causante confiere a otro sujeto la facultad de testar durante un tiempo a partir de su fallecimiento.

En España defienden tal postura el propio art. 670 CC, CASTÁN<sup>42</sup> y su STS, Sala 1ª, de de 30-10-1944 y, en cierta manera, NÚÑEZ IGLESIAS<sup>43</sup> y sobre todo la STS, Sala 1ª, de 06-03-1965 que la considera como una institución muy semejante al mandato. Las similitudes entre la delegación de la facultad de ordenar la sucesión y el mandato son varias, atendiendo a las características que señaló DE LA CÁMARA<sup>44</sup>: sustitución del mandante en la encomienda, actuación esencialmente volitiva, que juzga la oportunidad o procedencia de actuar o no y cómo, independencia de criterio respecto del dueño del negocio y repercusión en éste de sus efectos. Específicamente milita a favor de esta institución la citada STS, Sala 1ª, de 06-03-1965 que la considera como una institución muy semejante al mandato. En contra, la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001, que rechaza la aplicación analógica a la fiducia de las causas de extinción del albaceazgo y del mandato. De hecho la Jurisprudencia considera a los albaceas y contadores-partidores como mandatarios *post-mortem* del testador, con amplísimas facultades al identificarse con el propio causante que les nombró<sup>45</sup> (STS, Sala 1ª, 22-03-1983, 13-04-1992 y 20-02-1993).

<sup>42</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo VI, Sucesiones, Vol. II obra cit., pp. 597.

<sup>43</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 322.

<sup>44</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *La revocación del mandato y del poder*. Instituto editorial Reus, Madrid, 1948, pp. 573 y ss.

<sup>45</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 404: “En la jurisprudencia se habla corrientemente de mandato y alguna sentencia, con mayor pretensión técnica, de mandato post mortem, más a modo de una imagen y para justificar la aplicación analógica de diversas reglas del mandato a un officium de Derecho privado con sustantividad propia”.

Según ALEGRE ALONSO<sup>46</sup> esta postura tiene arraigo en la doctrina debido a que tanto el mandato como la fiducia tienen su fundamento en un encargo encomendado con base en la confianza. Sería un mandato por el cual el “de cuius” ruega al fiduciario que entregue los bienes a un tercero de entre los que él designe. Hay varios reparos:

1.2.1 La prohibición del mandato “post-mortem”, es decir, con MARTÍNEZ CORTÉS<sup>47</sup>, el mandato se extingue a la muerte del mandante (art. 1732 CC).

1.2.2. Considerar un mandato post-mortem supondría aceptar un mandato irrevocable, mucho menos aceptable por los posibles herederos (ALEGRE ALONSO<sup>48</sup>).

1.2.3. Mientras que el mandato nace de dos voluntades entre personas vivas (art. 1709 CC), la delegación para testar es siempre una ordenación unilateral frente a la bilateralidad del mandato pues no es aceptada hasta después de la apertura de la sucesión ni vinculante si no se acepta desde entonces<sup>49</sup>. También entiendo que el mandato no se ajusta bien al poder testatorio, pues terminológicamente, el comisario recibe una “encomienda” conforme a su art. 30 LDCV, lo cual alude directamente a las prohibición de los art. 671 y 820 CC y está en la línea del art. 1057 CC, como un acto unilateral del testador, una disposición que ordena (cfr. art. 667 CC), no una obligación del art. 1091 CC.

<sup>46</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. “Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria”. En *Revista de derecho civil aragonés*, nº 1-2, 1998. ISSN 1135-9714, págs. 74.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 20.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y Fº. de Asís Sancho (aut.). *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 711. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 35. CÁMARA (de la) ÁLVAREZ, Manuel. *La revocación del mandato y del poder*, obra cit, pp. 590.

1.2.4. El mandato obliga, y el poder testatorio, no (art. 45.5° LEC). Otra cosa es la posible pérdida de las liberalidades dejadas al comisario si no acepta o renuncia su cargo que apuntan tanto GIMENO como ASÚA<sup>50</sup>.

1.2.5. Además, el mandato no es ni siquiera el negocio jurídico subyacente a la delegación para ordenar la sucesión. La confianza en el comisario va más allá del encargo de regular la sucesión, especial y notoriamente en el caso del “alkar poderoso” o poder testatorio otorgado al viudo o miembro sobreviviente de la pareja de hecho, cuyo interés particular es más importante que el de los sucesores presuntos y cuya causa no puede ser un frío “encargo”, sino que hay una causa marital o familiar (cfr. art. 5.2 LDCV). En tal sentido URRUTIA<sup>51</sup> para quien el propio poder contiene en sí mismo la confianza. Y apunta GIMENO<sup>52</sup> como el comisario-viudo desborda claramente lo que es un mero encargo para testar. Efectivamente sale especialmente reforzado de la LDCV por un alto techo de caracteres dables por el causante<sup>53</sup>:

<sup>50</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Fco. Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 167. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368.

<sup>51</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup>. “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular”. En *El derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 324: “cuando realiza el testamento o el pacto sucesorio del comitente no está solo representando a este, sino ejercitando la voluntad de aquel que en base a esa relación de confianza, otorgó dicha confianza por escrito a través de un encargo o comisión y lo hizo además de una forma más o menos amplia en función de su voluntad y, sobre todo, de su libertad civil y del principio de delegabilidad”.

<sup>52</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

<sup>53</sup> FDEZ. DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. “Sección cuarta. De la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia Badiola (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y*

1.3. *El delegado para testar como ejecutor (albacea/contador-partidor) con facultades extraordinarias.* Es la posición de NÚÑEZ IGLESIAS<sup>54</sup>. Su semejanza radica en que hay un intermediario, persona distinta del causante y del heredero, en principio, que cumple con un encargo del causante tras la muerte de éste para dar a la herencia un destino con amplia discrecionalidad (cfr. art. 901 y 1057 CC) y que a veces entra más en lo institutivo o distributivo que en lo ejecutivo (cfr. art. 671, 747, 749, 909 y 1057 CC). Ciertamente resulta difícil encontrar el límite entre el fin de la mera ejecución de la sucesión (cfr. art. 902.3º “Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento”). Además, como señala LACRUZ<sup>55</sup> la ordenación de la sucesión por el albacea puede verse reforzada de facto mediante cláusulas obligando a pasar por la decisión de los albaceas o contadores partidores, sancionando al instituido o legatario con la privación de derechos sucesorios O su reducción a la legítima estricta caso de cualquier reclamación judicial suya en relación con la herencia.

Una ventaja, es que aporta una regulación supletoria a la delegación de la ordenación de la sucesión (art. 892 y ss. CC y los correspondientes de las legislaciones forales). Otra ventaja, señalada por LADARIA<sup>56</sup>, es que tanto los albaceas, como los contadores partidores y los administradores de

---

*formulario notarial.* AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 72: a) Irrevocabilidad al instituirse contractualmente (art. 31.2 LDCV) con los matices estudiados anteriormente. b) Administrador nato de la herencia (art. 37.2 LDCV), sobre lo que volveremos posteriormente. c) Duración indefinida o vitalicia (art. 41.1 LDCV). d) Usufructuario nato (art. 41.3 y D.T.4ª LDCV). e) Facultades dispositivas del patrimonio hereditario (art. 43.4 y 5 LDCV, incluso liquidador del mismo (art. 43.3 LDCV).

<sup>54</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 321.

<sup>55</sup> LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 320.

<sup>56</sup> LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, pp. 100 y 101.

la herencia obran en virtud de legitimación indirecta, otorgada en razón de su cargo u oficio, por ministerio de la ley, sin ser necesaria la ficción de la representación de un muerto. Y en consecuencia los sucesores han de pasar por las decisiones del albacea, quien al contrario, no precisa del concurso de los mismos en su actuación.

Esta concepción del fiduciario como un albacea contador partidor especial es abundante en relación a la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 CC. Así RUEDA ESTEBAN y MILLÁN SALAS<sup>57</sup> lo exponen como una facultad de partir y mejorar: “Tampoco el artículo 831 es un poder testatorio en cuanto que el causante no delega la facultad de instituir heredero. Por estas razones, mantenemos que el artículo 831 no es un pacto sucesorio sino una concesión, que no es necesario que sea recíproca, entre los esposos o parejas de hecho, de una facultad para que el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente mejore, adjudique o atribuya bienes concretos”. Es lo que RUEDA ESTEBAN, CARBALLO FIDALGO y BLASCO GASCO<sup>58</sup> denominan una “función dispositiva-partitiva”:

<sup>57</sup> RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*. Tesis doctoral, pp. 216, Recuperada de: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/25055/1/T35282.pdf>: “Una delegación de la facultad de disponer mortis causa, que tampoco debe confundirse, con el clásicamente denostado poder testatorio. Ya hemos hecho constar anteriormente, que en ningún caso se trata de este, ya que no se delega la facultad de instituir heredero, sino la de mejorar y/o distribuir la herencia. En consecuencia, tampoco el artículo 831 CC es esa figura, en cuanto que el causante no delega la facultad de testar. Por estas razones, entenderemos que el artículo 831 no es un pacto sucesorio ni tampoco un poder testatorio, sino una concesión, que no es necesario que sea recíproca, entre los esposos o parejas de hecho, de una facultad para que el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente mejore, adjudique o atribuya bienes concretos entre los hijos o descendientes comunes”. También MILLÁN SALAS, Francisco. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil”. En *Revista general de legislación y jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, n° 3, 2006, pp. 409.

<sup>58</sup> RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 397. CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición

“En tal labor partitiva, estará sujeto a idéntico régimen que el propio causante, sustraído del principio de igualdad cualitativa de los lotes y sustraído también de las consecuencias de la evicción y la rescisión por lesión (arts. 1070.1 y 1075 CC), siempre sin perjuicio de las legítimas”.

La diferencia esencial entre el albacea/contador/partidor y el comisario para CELAYA<sup>59</sup> es que la facultad de “distribución” del comisario (art. 670 in fine CC, art. 30 LDCV) de entre las clases señaladas por el causante (p.ej. sobrinos) es un “arbitrium merae voluntatis”, mientras el ejecutor sólo interpreta la voluntad del causante y por tanto no puede dar a uno más que a otro. Entiendo correcta esta apreciación porque este pensamiento está en la tradicional redacción de los art. 15 Compilación, art. 32 Ley 3/1992 y art. 30 LDCV: “El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”. Y, precisamente, el art. 36.2 LDCV es rotundo en la distinción al establecer que el comisario podrá designar albacea y contador partidor de la herencia del comitente, si éste no lo hubiera hecho”. En suma, como recuerdan MILLÁN SALAS, RUEDA ESTEBAN y GARCÍA RUBIO<sup>60</sup> el delegado del art. 831 CC no es un comisario pues que no está en la

---

en los ordenamientos forales. Especial consideración al ‘testamento por comisario’ gallego”. *Actualidad Civil*, nº 12. ISSN 0213-7100, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2005, tomo 1, pp. 15. BLASCO GASCO, Fco. de Paula. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN 978-84-9190-752-7, pp. 342.

<sup>59</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 737.

<sup>60</sup> MILLÁN SALAS, FRANCISCO. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil”. En *Revista general de legislación y jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, Nº 3, 2006, pp. 409. RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 216. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X. Vol. 61, nº 1, 2008, pp. 91.

misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste en lo que coinciden con la RDGRN de 18-12-2019 (“de manera que pueden, sin necesidad de apartar a los legitimarios, adjudicar la totalidad de los bienes de la herencia en la forma que tengan por conveniente. Estas facultades no las tiene el fiduciario del artículo 831 del Código civil, que debe respetar las legítimas que correspondan y, desde luego, las disposiciones del testador (...) Por lo tanto, habida cuenta que no está entre sus facultades la de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos“. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009 en el mismo sentido.

De hecho, la equiparación al albacea al comisario no es aceptada por la Jurisprudencia, que es opuesta a la aplicación analógica de las causas de extinción del albaceazgo o mandato a la sucesión por comisario y a la fiducia (art. 910 CC vs. SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001, SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 5ª, de 01-12-2015).

No obstante, la utilidad de la asimilación al albacea puede venir del hecho de que, conforme al Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, no contempla la figura, refiere sólo ejecutores testamentarios según URRUTIA y RENTERÍA<sup>61</sup>, razón por la que en dicho certificado sucesorio europeo habría de introducirse el comisario bajo el epígrafe o en el campo de formulario relativo a esos ejecutores testamentarios.

1.4. *El delegado para testar como oficio de derecho privado.* Oficio (“officium”), un derecho/deber de Derecho privado, por antonomasia son las

<sup>61</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés María. *El Certificado sucesorio europeo y el poder testatorio en el Derecho civil foral de Vizcaya*. Recuperado de <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433452490.pdf>. RENTERÍA AROCENA, Alfonso. *Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015*. Recuperado de <https://www.notariosregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf>

tutelas, las curatelas y los administradores judiciales, administradores concursales, etc., quienes presentan caracteres sin duda similares a los del comisario<sup>62</sup>: a) basado en la confianza que el ordenante (causante, ordenante, el Juez) le ha depositado; b) sus funciones son personalísimas y no delegables; c) cargo temporal, d) con funciones tuitivas que alcanzan a realizar todas las facultades que expresamente les hubiera conferido el otorgante, incluso la de practicar enajenaciones de bienes; e) evita la equiparación al mandato y a la representación “post mortem” pues sus facultades vienen otorgadas y definidas por la ley; f)<sup>63</sup> sus amplísimos poderes no son omnímodos por ello debe prestar unas garantías (inventario, juramento y dación de caución), y rendir cuentas una vez concluido el encargo. Características todas ellas similares al delegado para testar.

Esta es la postura para el art. 831 CC de GARRIDO DE PALMA<sup>64</sup> y, parcialmente, de CÁMARA LAPUENTE<sup>65</sup> para el fiduciario-comisario de

<sup>62</sup> SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 23-07-2001.

<sup>63</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 72.

<sup>64</sup> GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. “Visión notarial del artículo 831 del Código civil”. En *Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*. Volumen III. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977. ISBN 978-8450014167, pp. 387: “A nuestro entender, es evidente que el supérstite tiene una facultad, pero una facultad, la fiduciaria del 831, no para su beneficio y en su propio interés, sino en el de la familia; derecho-deber o función en definitiva que el Código establece porque confía en el buen hacer, la autoridad y la prudencia del cónyuge viudo”.

<sup>65</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. En *Manual 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. 389 y 390, EDERSA, 2001: “desde la perspectiva de la posición del fiduciario-comisario, su naturaleza jurídica es la de un «officium», función o cargo de Derecho privado (con sus caracteres de voluntario, naturalmente gratuito, temporal y personalísimo)...”, que tiene por encargo o misión decidir con su propia voluntad ciertos extremos (más o menos amplios) que restan por determinar en la sucesión del comitente, con matices. Y desde la perspectiva de la institución fiduciaria en su globalidad, la naturaleza puede explicarse con un concepto amplio de testamento (u

Navarra. NANCLARES<sup>66</sup> aunque denomina “officium” de derecho privado al cargo del fiduciario–comisario navarro, bien leído opta por la teoría de la integración de la voluntad, como luego veremos.

En tal sentido parece pronunciarse URRUTIA<sup>67</sup>: “una figura mixta que combina facultades de delegación para instituir y disponer patrimonialmente y facultades de carácter legal de las que la propia ley inviste (tutela, alimentos...)”. Entiendo que este autor va más allá y considera en el fondo al comisario ordinario como un mero apoderado, en línea con GIMENO, y al “alkar poderoso” como un “officium” p.ej. cuando sólo a éste le reconoce facultades de administración dinámica y de disposición sobre los bienes hereditarios<sup>68</sup>.

Sin embargo, el delegado para testar tiene un cargo voluntario, no obligatorio, que no tiene que cumplir hasta el final y no tiene sometimiento a la vigilancia de los poderes públicos. Sus facultades no vienen impuestas por ley sino concedidas a medida por el causante. Y a su cese sigue el testamento preventivo o la sucesión intestada no necesariamente un sustituto en el cargo. Y también se pueden oponer los reparos a la asimilación a la figura del albacea.

---

ordenación sucesoria) «per relationem», según el cual el testador (o causante) no expresa por completo su voluntad sucesoria, sino que hace reenvío o remisión («relatio»), para la determinación del contenido, a una fuente distinta, que puede ser un escrito informal del disponente, la declaración de un tercero, etc. Se trata, pos tanto, de un negocio jurídico perfecto en el que alguno de sus elementos sólo se consumará con la «relatio»”.

<sup>66</sup> 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.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 915.

<sup>67</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. 343.

<sup>68</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. 422.

## 2. Sistemas que tienen por base la idea de la representación

Es la opinión clásica de MANRESA y de SÁNCHEZ ROMÁN<sup>69</sup>. Era de común uso en la Jurisprudencia y la Doctrina Administrativa<sup>70</sup> y legislación anterior al Código civil<sup>71</sup>. Más modernamente sus valedores prácticamente se constriñen al Derecho Civil Vasco, particularmente CELAYA<sup>72</sup> y sus

<sup>69</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. Tomo V, obra cit., pp. 553: “los testamentos llamados por “comisario” (...) eran los otorgados por persona distinta del testador, en virtud de poder conferido al mismo con dicho objeto”. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil. Tomo 6º, derecho de sucesión “mortis causa”*. Vol. 1º, obra cit., pp. 313 y 314.

<sup>70</sup> STS, Sala 1ª, de 24-11-1960 parte de que “... el Comisario nombrado por el testador representa tan sólo al “de cuius», no al heredero, que es el que puede transformar en su ejecución la cuota viudal, o en su defecto, la Autoridad judicial”. STS de 19-09-1863, 31-03-1876 y 13-06-1924. RDGRN de 11-03-1929.

<sup>71</sup> El Fuero Real (1254-1255 ó 1293) contiene en la ley VIª, del Título V, del Libro III la primera regulación positiva del poder testatorio en Castilla, norma que de ser un modelo “proforma” a ser copiado por los fueros de las Villas a fundar, pasó a ser norma supletoria de primer grado por el Ordenamiento de Alcalá de 1348 que extendió su ámbito territorial. Hay consenso en que el Fuero Real fue copiado en Bizkaia, al menos en su “Tierra Llana”, desde el Fuero Viejo de 1452, Capítulo CXXVII, que lo denomina “del testamento fecho por poder”. Lo mismo que el Fuero Nuevo de 1526, ley III del Título XXI “De los Comissarios, y como pueden elegir heredero”, que regirá hasta 1959, afirme “Por ende, que establecian, que el tal poder, y comission valiesse; con que los Comissarios, puedan hacer la eleccion”. Y la Compilación de 1959, Capítulo 2º, del Título III, Libro I también lo denomina “Del testamento por comisario”, si bien los art. 19 y 20 dejan a las claras que se trata de un “poder testatorio”. La Ley 3/1992, art. 32 y ss., lo regulan en la sección 3ª “Del poder testatorio y del testamento por comisario”, del Capítulo III, del Título I, del Libro. Sus preceptos hablan de “apoderado” en la E.d.M., “poder testatorio” (art. 35), “comitente” (art. 37).

<sup>72</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 736: “el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió”. En el mismo sentido en Derecho Civil Vasco. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4, pp. 125 y en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 165.

seguidores, como luego veremos. Asimismo la Jurisprudencia, a modo de ejemplo la SAP de Bizkaia, sec. 5<sup>a</sup>, 02-05-2018<sup>73</sup>. Es generalmente rechazado en el Derecho interregional español comparado, con la excepción de LATORRE<sup>74</sup> que lo defiende para la fiducia aragonesa, aunque la naturaleza de la representación es rechazada expresamente por el art. 407.1 CDCFAragón<sup>75</sup>. Y para la legislación de Galicia PÉREZ ÁLVAREZ<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Cita al efecto la E.d.M. de la LDCV: “El testamento por comisario que supone una excepción al principio general del C<sup>o</sup> Civil del testamento como acto personalísimo (art. 669 y art. 670) supone cronológicamente dos momentos diferentes: El primero determinado por la realización del testamento por el comitente, en vida de éste, momento en el que éste designa el comisario o los criterios para su determinación, junto con las disposiciones para su actuación como comisario. Este primer momento exige el otorgamiento de testamento ante notario. El segundo, precisado en uno o varios actos y que puede prolongarse a lo largo del tiempo, supone la utilización del poder testatorio por el comisario, que en uno o varios actos, como luego veremos, dispone de todo o parte de los bienes a favor de los sucesores del comitente que pasan a ser, tras este acto, los sucesores efectivos del comitente, sin perjuicio de la posibilidad de revocar este acto de ejercicio del poder testatorio en los casos en que la ley lo permite...”.

<sup>74</sup> LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”. En José Luis Merino Hernández (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones aragónés*. SONLIBROS, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, pp. 385. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1<sup>o</sup>. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-553-4-84-7130-216-0, pp. 298 apoya la adscripción a la figura del arbitrador.

<sup>75</sup> “El testamento es acto personalísimo, no susceptible de ser hecho por medio de representante, si bien las personas capaces de testar pueden encomendar a fiduciarios que, tras su muerte, ordenen su sucesión”. Quizás es una reacción a la Jurisprudencia y así el ATSJ de Aragón (Presidencia) de 19-11-1997 “La fiducia sucesoria desde sus orígenes se asienta en la confianza y viene a representar una forma de poder «mortis causa» otorgado al fiduciario o fiduciarios para que aquél o éstos cumplan fielmente la voluntad sucesoria del fiduciante”.

<sup>76</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013. ISBN 978-84-92884-51-3, pp. 28.

Como ventajas señala ALEGRE ALONSO<sup>77</sup>, aparte de su apoyo histórico, que con esta teoría se salva el problema que encontrábamos en la teoría del mandato, que es contrato bilateral. La representación se origina por una declaración unilateral del poderdante, sin necesidad de aceptación por el representante ni obligaciones que surjan directamente del poder para él.

La Doctrina encuentra como fallos, que no hay sujeto representado, no pueden ser representados los herederos, dado que son indeterminados a la hora de constituirse el encargo, ni se puede representar al causante ya fallecido cuyos derechos se extinguen por su muerte (art. 32 CC), razón por la que la mayor parte de la Doctrina se opone a la teoría del poder testatorio, y, así, p.ej., MARTÍNEZ-CORTÉS, PARRA LUCÁN y ASÚA<sup>78</sup>.

Volveremos después sobre esta cuestión al pronunciarnos sobre la naturaleza de la sucesión por comisario en la LDCV.

### **3. Sistemas fundados sobre la idea que la delegación es unja carga que se impone a un sucesor más o menos pleno de retransmitir todo o parte de la herencia a terceros**

Son aquellas tesis para las que el delegado es un intermediario que adquiere derechos más o menos plenos sobre los bienes hereditarios con la obligación de retransmitirlos según instrucciones del causante, más o menos reservadas y ahí radica la fiducia. Ello incluiría al heredero distribuidor de Mallorca, Menorca y al heredero de confianza de Cataluña y Navarra.

<sup>77</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 85.

<sup>78</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20. PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles. “La fiducia sucesoria”. En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (coord.). *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN 978-84-92606-22-1, pp. 587. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 52.

3.1. *El heredero distribuidor en Mallorca y Menorca.* Como recuerda MERINO HERNÁNDEZ<sup>79</sup> el llamado “heredero distribuidor” es un verdadero heredero, que adquiere la titularidad de los bienes del comitente, trayendo causa directa de él, pero con la limitación de asignarlos y distribuirlos entre determinadas personas. VERGER GARAU<sup>80</sup>, así como CARDONA/LLODRÁ<sup>81</sup> entienden que estamos en presencia de un fiduciario (cfr. art. 23 CDCBaleares), no en sentido del fiduciario aragonés, sino el fiduciario del trinomio, causante, fiduciario y fideicomisario (cfr. art. 25 CDCBaleares y art. 781 CC) por cuanto que (art. 18 CDCBaleares) “se produce un llamamiento múltiple y sucesivo a la herencia, a favor del heredero distribuidor, en primer lugar, y a favor de los parientes, en segundo lugar, aunque sea éste un llamamiento abstracto y genérico”. Igualmente indica CARBALLO FIDALGO<sup>82</sup> que “Nos encontramos en estos supuestos ante figuras híbridas, en las que concurre la doble cualidad de sucesor y confidenciario, elector por este segundo título de las personas que resultarán, al cabo, herederos sucesivos y definitivos del causante de la sucesión, y distribuidor entre ellas de los bienes sobre los que su propio derecho recae”.

<sup>79</sup> MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994. ISBN 84-8040-003-X, pp. 87.

<sup>80</sup> VERGER GARAU, Juan. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1°. EDERSA, Madrid, 1980. ISBN 84-7130-320-5, pp. 389.

<sup>81</sup> CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. “Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear”. En M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 866.

<sup>82</sup> CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit., pp. 4.

Concluyó MERINO HERNÁNDEZ<sup>83</sup> que algo similar cabe decir del “usufructo poderoso” de la Tierra de Ayala. No sólo tiene analogías con esta institución, sino asimismo con el “alkar poderoso” o encargo al comisario-viudo sujeto al Derecho Civil Vasco. Efectivamente, si ponemos el centro de gravedad o interés prioritario en el del viudo y no en el fenómeno sucesorio, en tal caso, según opinión de GIMENO<sup>84</sup>, existe en el aspecto interno una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; y en el externo una situación jurídica de titularidad interina con facultad de disposición.

Las ventajas de esta tesis son varias: Desde la sencillez del marco conceptual que lleva a una aplicación supletoria de los modos o cargas impuestos al heredero o legatario, con los dos llamamientos y derechos respectivos que corresponden al sucesor gravado y al destinatario final: Voluntariedad, aceptación, repudiación, con consiguientes llamamientos que evitan el abintestato, soluciona el régimen de administración y disposición interina de la herencia, en la medida en que se aproxima a la sustitución fideicomisaria procede en dichos territorios autonómicos la imposición de garantías y cautelas al sucesor *sub modo*. Como desventajas sería la purificación del llamamiento a favor del heredero distribuidor por inexistencia de terceros ulteriores sucesores, es decir, el heredero distribuidor tiene un interés y derecho propio en la herencia. Y también es inconveniente el tratamiento tributario que pueda tener esta doble transmisión *mortis causa* cuando la primera, en principio, es meramente instrumental de la segunda.

Avanzamos nuestra opinión contraria a la anterior y que desarrollaremos al tratar de esta figura del heredero distribuidor en la parte de

---

<sup>83</sup> MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 87.

<sup>84</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139 y 140.

esta obra destinada al estudio del Derecho civil interregional español comparado. Entendemos que el comisario no tiene un derecho subjetivo propio como tal, sino una adición de un usufructo instrumental, como medio de vida y de garantía de la libertad del comisario viudo y mejor administración en ese interés propio de usufructuario, a un poder testatorio, que es el instrumento de ordenación, lo que se deduce de su propia denominación “poderoso”. Este usufructo es intransmisible (cfr. art. 36.1 LDCV vs. art. 480 CC), luego no es un derecho autónomo, como igualmente lo aclara el art. 41.3 y la D.T.4<sup>a</sup>. LDCV, en el sentido que no se extingue por el uso del poder, o sea, no es un transmisorio o intermediario en la transmisión de la sucesión, no retransmite nada.

3.2. *El heredero de confianza en Cataluña y Navarra*. Entiendo más precisa el análisis de la Doctrina sobre Navarra, que lo define como una situación de titularidad jurídica interina que atribuye al heredero de confianza el carácter de heredero formal entre la muerte del causante y la revelación por el mismo del encargo confiado<sup>85</sup> con una correspondiente inexigibilidad por los sucesores presuntos<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 888; 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. 930.; CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, vol. 2<sup>o</sup>, obra cit., pp. 661.

<sup>86</sup> Para HUALDE MANSO, Teresa. “Título XII. De los herederos de confianza”. En *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*, obra cit., pp. 907 y CÁMARA LAPUENTE. *La fiducia secreta*, obra cit., pp. 1355 a 1366, la expresión de la ley 293.4 CDCFN Navarra “Salvo disposición en contrario, cuando de la constitución de la fiducia se deriven expectativas de derecho a favor de personas determinadas o que reúnan las condiciones previstas, podrán aquéllas reclamar del fiduciario” no supone que éstas tengan derecho a pedir bienes concretos, sino a que se especifique dentro los expectantes la concreta clase o categoría de beneficiarios. En contra, NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo

Este sistema tiene todas las ventajas explicativas del heredero distributivo y una más: Que cuando el heredero fiduciario revela la confianza, o sin revelarla ejecuta su encargo, cesa como tal heredero, ya no tiene interés propio en la sucesión y en consecuencia se transforma en un albacea universal que ejecutará la última voluntad que sólo a él le reveló el causante. De ahí se deriva un trato fiscal más acorde con una única transmisión por causa de muerte, al menos en Navarra.

No obstante, aclaran ESCOLÁN, ALEGRE ALONSO y CÁMARA LAPUENTE<sup>87</sup> que pese a notables coincidencias entre la fiducia testamentaria y los negocios fiduciarios, como la base de la confianza, el riesgo para el fiduciante y la potestad de abuso del fiduciario, hay notables diferencias: La indicada falta de titularidad real sobre la herencia, con lo que no es necesario acudir al expediente del desdoblamiento pendiente la ejecución del cargo entre la propiedad formal (el fiduciario) y la material o económica (los sucesores presuntos), la inexigibilidad al fiduciario de la obligación de cumplir su encargo y la falta de beneficio ni para el fiduciante ni para el fiduciario.

---

22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ed. 2011, obra cit., pp. 893, para quien el objeto es “que especifique quiénes en concreto van a ser beneficiados por el destino dado a sus bienes por el causante. Una vez hecha esa especificación o determinación, si dichas personas aceptan, podrán exigir a los fiduciarios la entrega de los bienes correspondientes”.

<sup>87</sup> ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 43. La Fiducia Romana, desde luego, poco o nada tenía que ver con la fiducia sucesoria salvo con el concepto de confianza adherido a la figura, por lo que no ésta no es un antecedente directo de la primera. La fiducia romana tenía dos modalidades: 1.- Fiducia «cum amico», por la que de manera consensuada se cedía a una persona de entera confianza el dominio sobre los bienes, pero con un pacto de devolución en el momento en el que se acordase. 2.- Fiducia «cum creditore», a transmisión se hacía a favor del acreedor como garantía de pago. Si se pagaba, se restituía. En caso contrario podía ser vendida para cobrarse el acreedor. ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 79. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 544.

Este no es el cauce natural de la sucesión por comisario en la LDCV aunque he defendido<sup>88</sup> que el comisario, debidamente autorizado por el causante (art. 35 LDCV), ejercitando su poder sucesorio podría instituirse a sí mismo heredero, de modo que el paso del caudal hereditario a su patrimonio fuera meramente instrumental. Así en una primera etapa podría liquidar fácilmente la herencia pues, como heredero, cumpliría las obligaciones del causante (art. 19.2 LDCV) y entregaría posteriormente el remanente líquido, en su día, a los sucesores.

#### **4. Sistemas fundados en los diferentes grados en la formación de la voluntad del testador**

Son un grupo de teorías que vienen a decir que no hay sustitución de la voluntad del causante por la del delegado para testar, sino mera precisión de la misma. Señalan ALEGRE ALONSO y CÁMARA LAPUENTE<sup>89</sup> a IRTI y ASCARELLI como autores de la teoría denominada “negozio d’acerta-

<sup>88</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (Artículos 30 a 46)”. En Andrés M<sup>a</sup> Urrutia (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. 77: Como argumentos a favor entiendo que: a) las legítimas “pars valoris” no limitan las facultades de atribución del comisario (arts. 1058 CC y 30 LDCV); b) las limitaciones de los sucesores forzosos en defensa de la legítima (art. 51.3 LDCV); c) es algo contra lo que previene pero no prohíbe el artículo 32.3 LDCV; d) que los derechos reconocidos al viudo (legal o voluntariamente por el causante) no perjudican la legítima (art. 56.2 LDCV); e) y que (art. 35 LDCV) el comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le hubiese atribuido el causante, así como aquellos que le corresponderían en caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio. Bastaría que el comisario asegurara el cobro por los descendientes legitimarios de su valor económico para obviar la preterición de todos (art. 51.2 LDCV y art. 15 LH, por analogía).

<sup>89</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 76. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, vol. 2º, obra cit., pp. 389 y 390.

mento” o “negocio de fijación o verificación”, de modo que el causante, mediante la disposición mortis causa, realiza un negocio jurídico válido por el que resolvía su sucesión, remitiendo su concreción a la decisión de un tercero. Lo que haría este tercero sería dotar de “certeza” a la disposición del “de cuius”.

Entiendo que esta teoría es mucho más antigua y nace del mismo problema de hallar vías para evitar la prohibición de delegar en un tercero la ordenación de la sucesión que se daba en el Derecho Romano reestudiado en la Baja Edad Media y la Edad Moderna, cuyo más evidente ejemplo son Las Partidas y Las Leyes de Toro. Autores de la Edad Moderna tales como ACEBEDO, Bartolo; CARPIO, Antonio Gabriel; COVARRUBIAS, Antonio; GÓMEZ, Gregorio; LÓPEZ... Así lo revelan CARRIÓN sobre el “arbitrio boni viri” y NÚÑEZ IGLESIAS<sup>90</sup> quienes explican la manera de bordear la prohibición de delegar de testar usada en la Edad Moderna, sea la canonista distinción entre la “dispositio” de la “voluntas”, sea la tomista progresión de los grados de atribución.

---

<sup>90</sup> SARRIÓN GUALDA, José. “El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales”. *Anuario de historia del derecho español*, ISSN 0304-4319, 2005, n.º 75, pp. 220). NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 180 y ss.: “la voluntad testatoria no puede ser la voluntad de un tercero en el primer impulso, en los actos referidos al fin (el fin es hacer la disposición). Así pues, el testador encomienda siempre un acto dispositivo iniciado, que ha de ser terminado por el tercero: porque aquél quiere la disposición como fin, y ello no puede ser cambiado por éste. El tercero sólo puede intervenir en relación a los medios, o sea, a la forma de la disposición, al sujeto pasivo o al objeto de la misma (...) Además, aunque en la elección interviene la voluntad del tercero en acto de escoger los medios, de modo libres, puede resultar que esa voluntad venga restringida. Y lo vendrá cuando la voluntad de aquél deba de ser la propia de un hombre bueno («arbitrium boni viri»), o cuando se hayan limitado los medios entre los que pueda escoger: para que no sean todos los posibles, o todos los que su consejo pueda sugerirle. En estos dos casos estaremos ante la «electio regulata»...”.

Resumimos a NÚÑEZ IGLESIAS<sup>91</sup> cuando describe el recurso de los canonistas y juristas en general de la Edad Moderna, por un lado el arbitrador: A partir de la contradicción entre las disposiciones del Digesto “nonnunquam” (in alienam voluntatem conferri legatum non potest) y “Senatus” (“legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest) los comentaristas se devanan en una casuística que permita bordear la absoluta prohibición de la entrega de la plena voluntad testamentaria a un tercero. Recurriendo a qué sea la voluntad, se admiten vías indirectas como el “arbitrio boni viri”: nombrar un arbitrador que a partir de la voluntad de ordenar la sucesión expresada por el testador, de a ésta el último impulso, 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. También se admiten vías indirectas cuando menos curiosas por potencialmente fraudulentas, como dejar la decisión de la validez de una institución a lo que haga un tercero o que la *ordinatio* la haga un *nuntius*.

Por el otro lado está la teoría de los grados de voluntad, fundada en las ideas de Santo Tomás de Aquino<sup>92</sup>, pues la voluntad según este au-

<sup>91</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 187 y ss.

<sup>92</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 179 y ss.: “La simple volición: El objeto de este acto es el fin en sí mismo. Aunque es el primer acto, no es un motor inmóvil: en orden a la especificación es causado por el entendimiento y por el apetito sensitivo; y en orden al ejercicio es causado, de manera no enteramente eficaz, por el apetito sensitivo. La fruición: La fruición es el descanso y complacencia en el fin

en tanto que está presente o es poseído. La intención: El objeto, aquí, es el fin en cuanto que ausente. La intención se aplica más al orden apetitivo (intelectual o sensitivo) que al cognoscitivo (también, intelectual o sensitivo). Es el impulso y la dirección al fin a través de los medios. El consejo: El consejo es acto del entendimiento (razón práctica) en orden a la voluntad. Es la deliberación sobre los medios más aptos y la sentencia consiguiente. Hay dos tipos de consejo: uno, absoluto, que valora lo bueno que cada medio tiene de suyo con respecto al fin, y que termina con el consentimiento; y otro, comparativo, que valora la mayor o menor conveniencia de cada medio respecto de los otros, y que termina con la elección. El consentimiento: Este acto es la adhesión a la sentencia dictada por el consejo sobre los medios, de modo absoluto, sobre la bondad que cada uno tiene en sí. La elección: La elección se refiere a los medios; pero, comparativamente, a su mayor o menor utilidad. Es el acto de preferir entre varios medios. La elección es la aceptación del último juicio práctico del entendimiento, en el que termina el consejo cognoscitivo. La elección, dijo Santo Tomás, “substantialiter non est actus rationis, sed voluntatis: perficitur enim electio in motu quodam animae ad bonum quod eligitur. Unde manifeste actus est appetitivae potentiae”. En la elección es donde radica el liberum arbitrium, el “libre albedrío”, que se dijo en castellano. Como señaló Santo Tomás, el libre arbitrio es un principio, es un poder listo para obrar. Es la voluntad (voluntas libera) como potencia operativa en acto de escoger los medios; porque la voluntad, en este punto sólo puede escoger los medios, no el fin. La elección es acto del libre albedrío, es acto de la voluntad escogiendo entre varios medios propuestos, en virtud de un cierto juicio. El libre albedrío elige entre el bien y el mal. Mas la libertad no es el libre albedrío; la libertad es el buen uso del libre albedrío. El imperio: Éste es también acto del entendimiento, para mantener firme la resolución tomada. Presenta a los medios como aplicables y ejecutables. Y el uso activo: Este acto, por fin, es la ejecución o aplicación efectiva del medio elegido e imperado, en orden a la consecución del fin que se intenta. Es la actividad humana en su sentido más propio y pleno; es la verdadera praxis humana. En este acto es donde culmina el acto humano. He aquí el concepto de voluntad y el esquema de los actos que conforman el acto humano, según la concepción de Santo Tomás. Sobre él, romanistas y canonistas fundan la doctrina de lo que puede muy bien llamarse “grados de atribución” de la capacidad de testar, de la facultad de disponer. Su concepción es como sigue. Estos juristas entienden que la voluntad testatoria, tomada como potencia o facultad de disponer, no puede ser sustituida por la voluntad de un tercero, porque el fin debe quedar siempre en la órbita del testador; contrariamente, cuando se trata de la voluntad testatoria en acto de disponer. Y como el acto dispositivo está formado, a su vez, por varios actos, y sólo los primeros se refieren al fin, consideran sustituible la voluntad testatoria cuando esté en acto de aconsejar, de consentir, de elegir, de imperar o de ejecutar. O, dicho de otra manera, que la voluntad testatoria no puede ser la voluntad de un tercero en el primer impulso, en los actos referidos al fin (el

tor es un complejo de actos, referidos, unos, al fin, y otros, a los medios. Los primeros son tres: la simple volición, la fruicción y la intención. Los segundos, cinco: el consejo, el consentimiento, la elección, el imperio y el uso activo. En resumen, a la simple *volición* (*deseo esto, en general*), sigue la *frucción* (*me apetece en concreto*), a la que sucede la *intención* (*hagámoslo*). Determinado el fin (que es la verdadera voluntad), procede ordenar los medios, o sea, el *consejo* (estudio de medios y fines), el *consentimiento* (determinación del medio idóneo anteriormente estudiado), la *elección* (el acto de preferir un medio concreto); el *imperio* presenta los medios como aplicables y ejecutables. El uso activo es la ejecución o aplicación efectiva

---

fin es hacer la disposición). Así pues, el testador encomienda siempre un acto dispositivo iniciado, que de ser terminado por el tercero: porque aquél quiere la disposición como fin, y ello no puede ser cambiado por éste. El tercero sólo puede intervenir en relación a los medios, o sea, a la forma de la disposición, al sujeto pasivo o al objeto de la misma. Los actos en los que puede intervenir un tercero son, por tanto, los referidos a los medios; pero los juristas no han considerado todos. Sólo han tenido en cuenta el consejo, la elección y el uso activo; y ello, con las precisiones siguientes. Cuando la elección queda en manos del tercero, queda implícitamente, en él también, el consejo. Pero cuando queda en sus manos cualquiera de los otros actos, en principio, sólo queda en él ese acto concreto. Además, aunque en la elección interviene la voluntad del tercero en acto de escoger los medios, de modo libre, puede resultar que esa voluntad venga restringida. Y lo vendrá cuando la voluntad de aquél deba de ser la propia de un hombre bueno (*arbitrium boni viri*), o cuando se hayan limitado los medios entre los que pueda escoger: para que no sean todos los posibles, o todos los que su consejo pueda sugerirle. En estos dos casos estaremos ante la *electio regulata*. De otro lado, la terminología y el orden expositivo no coinciden exactamente con los de los filósofos. Los grados de atribución resultan nombrados y ordenados a voluntas o *arbitrium liberum* (voluntad como potencia en acto de elegir, sin restricciones); *arbitrium boni viri* o, simplemente, *arbitrium* (esa misma voluntas, dentro de los límites de actuación propios del hombre bueno); *electio* (aquella misma voluntas, pero limitada a un número de sujetos pasivos o de objetos); el *consilium* (solo él); y la *executio* (sola ella). A ellos asocian otro: la *declaratio*, que no es sino la publicación del acto dispositivo terminado y listo para ejecutar. Por último, hay que advertir que reservan el término dispositivo para los tres primeros grados de atribución, haciéndolo coincidir con la elección propiamente dicha”.

del medio elegido e imperado, en orden a la consecución del fin que se intenta. Y como el acto dispositivo está formado, a su vez, por varios actos, y sólo los primeros se refieren al fin, consideran sustituible la voluntad testatoria cuando esté en acto de aconsejar, de consentir, de elegir, de imperar o de ejecutar. Es la voluntad (voluntas libera) como potencia operativa en acto de escoger los medios; porque la voluntad, en este punto sólo puede escoger los medios, no el fin. No obstante habría un límite más, consistente en que, si bien en la elección, donde radica el liberum arbitrium o “libre alvedrío”, es un acto de medios, sólo puede delegarse cuando deba de ser la propia de un hombre bueno (“arbitrium boni viri”), o cuando se hayan limitado los medios entre los que pueda escoger: para que no sean todos los posibles, o todos los que su consejo pueda sugerirle. Es por tanto una “electio regulata”, no libre.

4.1. *Teoría del “negocio per relationem”*. Siguiendo a DÍAZ-AMBRONA<sup>93</sup> es aquél negocio perfecto pero incompleto, en el que la determinación de su contenido o de algunos de sus elementos esenciales se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo. La misma autora al hacer la distinción de esta figura con la de la representación da argumentos para tampoco asimilar a aquélla la fiducia sucesoria, a saber: Que en “negocio per relationem” se parte de un negocio ya formado, mientras que en la representación se utiliza ésta para hacer nacer o formar un negocio. El representante ocupa el lugar del representado; el tercero, en los negocios jurídicos “per relationem”, se comporta como un elemento extraño al negocio sobre el que incide; no sustituye al sujeto ni actúa “alieno nomine”.

---

<sup>93</sup> DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup> Dolores. “El negocio jurídico “per relationem” (tesis doctoral). Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54077/1/5322944870.pdf>, pp. 31 y 76.

Apoya esta tesis ALONSO ALEGRE, precisando CÁMARA LAPUENTE<sup>94</sup>, quien participa de la misma opinión, que la fiducia es un caso de negocio jurídico “per relationem” u ordenación sucesoria mediante el reenvío o remisión (“relatio”) sustancial, a la voluntad de otra persona, sin constituir una “relatio” formal (a simples acaecimientos). NANCLARES<sup>95</sup> asimismo entiende que el fiduciario no sustituye la voluntad del causante, sino que meramente la complementa, su encargo “consiste en tomar decisiones sobre ciertos aspectos de la sucesión del causante que este ha dejado voluntariamente bajo el control del fiduciario-comisario, y es excepcional que se deje a su libre albedrío la elección de los herederos del causante”.

Esta teoría no es nueva, sino que hunde sus raíces en los autores de la Edad Moderna<sup>96</sup> que admitían encomendar a un tercero el establecimiento de legados (nunca la institución de heredero), ora el *arbitrio boni viris*, que veremos luego (la disposición no se deja a la libre voluntad

<sup>94</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 84. CÁMARA LA PUENTE, 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. 833 y 834. Así, en obra cit., pp. 871, afirma que aunque la ley 287 CDCFN Navarra hable de situación de “dependencia” cuando debería decir “de pendencia”, posible errata no corregida por la Ley Foral 21/2019, que lo característico en esta situación es que los beneficiarios genéricamente llamados por el causante a su herencia, tienen una suerte de «vocación reforzada», pero todavía no pueden aceptar la herencia, por no estar ciertos de su derecho que tendrá lugar a través de la delación mediante la ejecución por el fiduciario-comisario.

<sup>95</sup> 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 sucesori*. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 915.

<sup>96</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 188, 189, 203 y 204; Acursio, Cujacio y Durante.

del tercero, sino a su parecer, conformado a la razón y a la equidad) ora, aquí radica el *negotio per relationem*, si la remisión a la voluntad del tercero que no es considerada más que como condición, es el legado hecho en caso de que Ticio suba o no al Capitolio (*si Titius in Capitolium ascenderit*). Tal legado es válido aunque dependa de Ticio subir o no al Capitolio, y hacer inútil la disposición, pues no es la voluntad de Ticio lo que se considera, sino la el cumplimiento de la condición impuesta por el testador. Así, aunque el legado dejado a la voluntad de un tercero está prohibido por la Ley XXIX, del Título IX, de la Partida 7ª, sí se permite que un tercero determine la eficacia de la atribución: “si el testador fizesse la manda, diziendo assi que mandava a uno mil maravedis, si otro que nombrava señaladamente fizesse alguna cosa ciertamente, entonces será válido el legado”

LACRUZ<sup>97</sup> critica a esta teoría del negocio *per relationem* que el testamento por comisario no es un negocio incompleto o imperfecto, sino uno que no basta para producir sus efectos, señalar la dirección del fenómeno sucesorio, necesita un elemento integrativo, que forma parte del mismo: para señalar el objeto y el llamado el “de cuius” puede acudir a elementos intrínsecos del propio testamento o a una fuente extraña, estas dos maneras son un *modo* de la institución que la norma prevería y autorizaría al testador.

Hacemos nuestra la crítica de GIMENO<sup>98</sup> sobre la tesis del *negotio per relationem* en relación al comisario vizcaíno (hoy en día vasco) porque éste tiene cuantas facultades correspondan al testador en orden a la transmisión sucesoria de los bienes, dispone de un patrimonio ajeno y la he-

<sup>97</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

<sup>98</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 136.

rencia se defiere a través del juego de dos voluntades: la del comitente y la del comisario. “Cuando es un tercero el que dispone, no responde a la realidad decir que participa en la formación del testamento del causante. Lo que ocurre es que, autorizado el comisario para disponer, se desplazan los actos de ordenación de la ordenación de la sucesión fuera del acto del causante (VERGER GARAU). Una cosa es realizar actos negociales de la ordenación de la sucesión y otra muy distinta participar en la formación del testamento”. En el mismo sentido se pronuncia ASÚA<sup>99</sup>. Es decir, con razón estos autores, entienden la solución más simple, generalmente la más acertada en la vida, que el testador confiere ciertas facultades para ordenar su sucesión al delegado para testar.

4.2. *El comisario como arbitrador.* ZUBIRI DE SALINAS, CARBALLO FIDALGO, JIMÉNEZ GALLEGO, CERDÁ JIMENO y MEZQUITA DEL CACHO<sup>100</sup> entienden que el fiduciario-comisario es un “arbitrador”. Esta tipificación de la delegación de la testamentificación no es muy diferente

<sup>99</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 131.

<sup>100</sup> ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. “Comentario a los arts. 110 a 118 de la Compilación (De la fiducia sucesoria)”. En José Luis Lacruz y Jesús Delegado Echeverría (dir.). *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Vol. 3. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996. ISBN 94-7753-624-4, pp. 370 a 372, quien cita la SAP de Zaragoza de 07-02-1989. CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit, pp. 6. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2019. ISBN: 9788417985233, pp. 370. CERDÁ JIMENO, José. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 2º-A, EDESA, Madrid, 2000. ISBN 84-7130-321-3, pp. 1384. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. “Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales”. En Enrique Rubio (dir.) y Mª Luisa Arcos (coord.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 448.

de la anterior. Efectivamente, DIEZ-PICAZO<sup>101</sup>, al estudiar la figura del arbitrador<sup>102</sup>, le sitúa en el marco del negocio “per relationem”, pues afirma que el arbitrio es una remisión negocial y toda remisión es un reenvío a un elemento extraño al negocio. De ahí, agrega, que la actividad del tercero sea aportar un criterio y decidir el punto de vista por las partes. “Arbitrador”, que no hay que confundir como aclara VERGER GARAU<sup>103</sup> con un “árbitro” porque efectivamente “no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación aún no definida totalmente, en este caso los efectos jurídicos de la intervención de tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establecen”.

Como acabamos de ver, esta teoría tampoco es nueva porque se admitía bajo los tratadistas de la Edad Moderna y en particular bajo las Partidas que admitían en la proposición 2ª otrosí Ley XI del Título III, de

---

<sup>101</sup> DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 4.

<sup>102</sup> Ejemplos de arbitrador serían el art. 1598 CC sobre recepción de obras art. 1690 CC sobre reparto de ganancias en sociedad civil, y art. 1447 CC, precio de la compraventa, una de cuyas manifestaciones es el tercer perito dirimente de la saca foral, art. 78.1 LDCV, cfr. SAP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 01-02-2006. Y según LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, obra cit., pp. 146 y 182, el contador partidor dativo del art. 1057 CC: “un cargo de Derecho privado, que al actuar una incumbencia del testador por nombramiento de éste y bajo dependencia de sus instituciones. se regulará en lo que proceda por las normas del albaceazgo, y subsidiariamente por las del mandato, pero cuyo cometido se resuelve en una arbitración, decidiendo, ante intereses contrapuestos. cuestiones no litigiosas de apreciación. valoración y distribución”.

<sup>103</sup> VERGER GARAU, Juan. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1º, obra cit., pp. 354.

la Partida 6<sup>a104</sup> y la Ley I y leyes III<sup>105</sup>V y VII<sup>106</sup> del Libro X de la misma partida). Consiste en que la disposición no se deja a la libre voluntad del tercero, sino a su parecer, conformado a la razón y a la equidad. El testador no considera la voluntad del comisario, sino la justicia y la equidad en general, ecos de lo cual encontramos en la redacción del art. 831 CC anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre y aun en parte de la ac-

<sup>104</sup>“Otrofi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun escrivano de concejo, ruego, e mandote, que escrivas como establezco por mio heredero a fulano, e que mando tantos maravedis; o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima, diziendo a que personas lo manda dar, o quanto a cada uno ante siete testigos, e mando te que vayas a alguno me sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e de partidas mis mandas, que lo escrivas tu assi, porque tengo por bien, que vala como lo el ordenare. Entonce bie valdria lo que assi fuesse fecho, por mandado del testador”.

<sup>105</sup>“Que los testamentarios deven cumplir la voluntad del finado, e non segund su albedrio. Si el fazedor del testamento mandasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de maravedies, e todos los otros bienes que óbviese, dexasse en mano de alguno que estableciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segun su albedrio los partiese a los pobres: tal testamentario como este, non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas, de quanto el le mando dar señaladamente en su testamento: maguer viesse el que alguno dellos era muy pobre, e seria bien de dar le mas, de aquello que le avia mandado el testador, como quier que puede partir los otros bienes que dexo en su poder el testador, entre las otras personas, que non son señaladas: en lo han menester, assi como lo el toviere por bien”.

<sup>106</sup>“Quien puede apremiar a los testamentarios quando son negligentes de cumplir la voluntad del finado: e quien debe entrar en su lugar para cumplirla. Apremiar pueden los obispos cada uno en su obispado a los testamentarios, que cumplan los testamentos de aquellos que los dexaron en sus manos, si ellos fueren negligentes que lo non quieran cumplir, o que andan maliciosamente en ellos. E demas dezimos que cada uno del pueblo puede esto fazer saber a los obispos porque es obra de piedad. E si los testamentarios no quieren cumpir la manda del difunto, los obispos la pueden fazer cumplir, si quisieren o dar otros buenos albaceas que la cumplan en lugar de aquellos. E esso mismo seria si acaeciesse que alguno en su testamento non dexasse testamentarios que lo cumpliesen, que el obispo en cuyo obispado acaeciesse, debe lo fazer cumplir, si el heredero del muerto non lo quisiesse fazer. E esto deven ellos fazer, para cumplir la voluntad del testador, que es obra de piedad e como cosa espiritual”.

tual Doctrina<sup>107</sup>, al que se opone otro por estimables razones, entre otras, la eliminación de la expresión “prudente arbitrio” en el ejercicio de la función del fiduciario<sup>108</sup>.

Crítica MARTÍNEZ-CORTÉS<sup>109</sup> la consideración del fiduciario como un arbitrador de un negocio jurídico ajeno porque, aunque en ocasio-

---

<sup>107</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 381 y la Doctrina citada por el mismo, requieren cierta equidad en la actuación, lo que antes de la Ley 41/2003 era el “prudente arbitrio” y ahora es bajo la expresión “suficientemente satisfechas”, a decir de ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X, pp. 4293; ahora es bajo la expresión “suficientemente satisfechas”. También BOLÁS ALFONSO, Juan. “El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI”, obra cit., pp. 86. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1994. ISBN 978-84-7676-267-7, pp. 247. Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. “El artículo 831 del Código civil”. *Anuario de derecho civil*. Vol. 58, n° 3, 2005. ISSN 0210-301X, pp. 1149: El fiduciario no debe ser obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos.

<sup>108</sup> GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. “Visión notarial del artículo 831 del Código civil”, obra cit., pp. 375, para quien el límite es la legítima, sin canon de prudencia. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, obra cit., pp. 95, quien considera que la reforma del art. 831 CC por esta Ley 41/2003 ha eliminado este requisito. También RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1569, entiende que la no impone ninguna restricción por razón del fin, por lo que los efectos de la norma serán todos aquéllos que puedan lograrse con su aplicación. También en contra RUEDA ESTEBAN, José Luis. “Capítulo 4.-Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil”, en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V Sucesiones*. vol. 1°. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8, pp. 1319 para quien se ha sustituido el “prudente arbitrio” como límite a la voluntad del fiduciario por una forma regulada y detallada de ejercicio.

<sup>109</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

nes el causante dispone su sucesión de forma indeterminada, y encomienda al fiduciario la facultad de elegir entre un grupo de personas quién ha de ser el beneficiario de la sucesión, en otras, el causante habrá determinado entre quiénes tiene que elegirse el beneficiado, luego, esto lo añado yo, en este caso no hay aplicación de la justicia o equidad universales o en abstracto. Se oponen también a esta teoría LATORRE y LACRUZ<sup>110</sup> pues le falta el aspecto interno de la condición fiduciaria del elector (en el fondo lo mismo, que la tesis del arbitrador se abstrae de la encomienda concreta, de la función particular, no pública), misma conclusión a la que llega GIMENO<sup>111</sup>, quien entiende esta tesis excesivamente formal y no se adapta al supuesto más frecuente: comisario cónyuge viudo, en el que la actuación de éste no es la de una persona ajena al negocio, como ocurre con el árbitro.

4.2. *Teoría de la voluntad integradora.* El defensor fundamental de esta teoría es LACRUZ<sup>112</sup> para quien “El testamento en que se nombra comisario o distribuidor no es un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto –señalar la dirección del fenómeno sucesorio y necesita de un elemento integrativo”. También PUIG FERRIOL<sup>113</sup>: “el encargo fiduciario

<sup>110</sup> LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXXIV, Vol. 1, EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-553-4-84-7130-216-0, pp. 297. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711.

<sup>111</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit, pp. 138 y 139.

<sup>112</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

<sup>113</sup> PUIG FERRIOL, Luis. En Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, vol 1°. EDERSA, Madrid, 1982. ISBN 84-7130-365-5-84-7130-216-0, pp. 254. Y PUIG FERRIOL, Luis. “Capítol XI. Disposicions fiduciaries”. En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.).

consiste en atribuir al cónyuge sobreviviente la facultad de completar de alguna manera el testamento otorgado por el premuerto en orden a la determinación del heredero o la distribución de la herencia entre las personas preventivamente instituidas por el testador”. Más precisos son DEL POZO/VAQUER/BOSCH<sup>114</sup> para quienes “Quien instituye, pues, es el causante; el fiduciario elige o distribuye, pero no instituye, y solo entre los instituidos genéricamente por el causante”. Por su parte, explica ALEGRE ALONSO<sup>115</sup> que a diferencia con el “negocio per relationem”, el verdadero negocio sucesorio es el que realiza el comitente, no siendo el fiduciario más que un mero auxiliar, encargado de integrar con su voluntad, la expresada de forma incompleta por aquél. Así lo expresa el art. 424-1.1 CCCataluña: “El testador puede instituir heredero al descendiente que su cónyuge o conviviente en pareja estable superviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes”.

Hoy en día milita a favor de esta tesis la gran mayoría de la Jurisprudencia<sup>116</sup> y la Doctrina en Aragón<sup>117</sup>. Explican que la consecuencia de esta teoría consiste en no haber delación de la herencia hasta el momento en que se produzca la ejecución o extinción de la fiducia.

---

“Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 272.

<sup>114</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Marcial Pons, Madrid, 2017. ISBN 978-84-9123-424-1, pp. 135.

<sup>115</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 83.

<sup>116</sup> SAP de Huesca, de 17-03-1999, SAP de Huesca, de 17-02-2001, SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012, SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 11-12-2015 y STSJ de Aragón, de 30-05-2012.

<sup>117</sup> ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 66. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 21. PARRA LUCÁN, Mª Ángeles. “La fiducia sucesoria”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 598.

También en Derecho civil común la teoría de la voluntad integradora es la defendida por la mayor parte de la Doctrina tanto la más pretérita<sup>118</sup> como la más reciente<sup>119</sup> que también entiende que es una delación abierta o genérica, pendiente de cerrarse o concretarse gracias a la elección encomendada cuyos efectos se retrotraen a la muerte del causante, los sucesores lo son del causante, incluso aunque se les pague

---

<sup>118</sup> SECO CARO, Enrique. *Partición y mejoras encomendadas al cónyuge*. Bosch, Barcelona, 1960, pp. 66 y 67. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, obra cit., pp. 414: (“Aunque no estimase que esa actuación institucional del viudo fuese la de emitir una vocación hereditaria –«que ya está indudablemente realizada desde el óbito del causante por imperativo de la ley»–, sino la de «concreción cualitativa y cuantitativa de la delación legal, pues, en el caco del artículo 831, entendió esta como una «delación imperfecta»”); ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1994. ISBN 978-84-7676-267-7, pp. 233 y 255, que entiende que es una manifestación de la facultad del testador de señalar reglas particionales que concreta el viudo delegado y concreta quiénes sucede, en qué proporción, y en qué cuantía o con qué bienes. ALBALADEJO, “La mejora”, obra cit., pp. 83 y “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. *Revista de Derecho Privado* de enero-febrero, Editorial Reus, Madrid, 2005, pp. 17.

<sup>119</sup> VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*. Dikynson, Madrid, 2005. ISBN: 84-9772-115-2, pp. 49. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. “El artículo 831 del Código civil”. En *Anuario de derecho civil*, vol. 58, n° 3, 2005. ISSN 0210-301X, pp. 1123 y 1127; SAPENA TOMÁS, Joaquín. “Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)”, obra cit., pp. 39; MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Ángel. “El artículo 831 y el “el favor viduitatis”. En *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*. Civitas, 2014 pp. 1002; ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003”. En José Manuel González Porrás y Fernando P. Méndez (coord.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2. Universidad de Murcia, 2004, ISBN 84-8371-521-XT., pp. 4288. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1378.

con bienes del fiduciario. Lo mismo sucede respecto de la legislación gallega<sup>120</sup>; balear<sup>121</sup> y catalana<sup>122</sup>.

En Derecho Civil Vasco es la teoría defendida por ASÚA<sup>123</sup>: “El comisario, por tanto, no participa en la formación del negocio ordenador otorgado por el causante. Lo que ocurre es que, autorizándole para disponer, se desplazan actos de ordenación fuera de tal negocio ordenador”.

Volveremos después sobre esta cuestión al pronunciarnos sobre la naturaleza de la sucesión por comisario en la LDCV, pues junto a la tesis del poder, son las mayoritariamente seguidas en la actualidad.

## 5. Sistemas de dislocación del poder de disposición mortis causa

5.1. *Sistema del titular de un poder de disposición mortis causa sobre un patrimonio ajeno.* Para ALPAÑES<sup>124</sup> “Entraña una titularidad de disposición condicionada o limitada a la extensión dada por el difunto que, más propiamente

<sup>120</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 71: “una vez adquiera eficacia el negocio de ejecución, la voluntad del comisario reflejada en el mismo pasará a ser ley de la sucesión del cónyuge premuerto, resultando especificada la indeterminación que el negocio constitutivo trae consigo”. CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit., pp. 25 y SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017.

<sup>121</sup> VERGER GARAU. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1º, obra cit., pp. 353.

<sup>122</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, Mª Carmen. “Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña”. En Mª Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-3604-0, pp. 763. PUIG FERRIOL, Luis. “Capítol XI. Disposicions fiduciaries”, en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 355-357.

<sup>123</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 131.

<sup>124</sup> ALPAÑES, Enrique. *La delegación de la facultad de mejorar*, obra cit., pp. 24.

que un derecho subjetivo, concede al viudo una facultad jurídica, un poder jurídico en el sentido a que se refiere CASTRO como «posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica». LACRUZ<sup>125</sup> la define como aquéllos cuyo titular mediante una declaración de voluntad unilateral recepticia suya, puede hacer nacer, cambiar de contenido o suprimir una relación jurídica entre él y otra persona. Añade como caracteres que no son generalmente transmisibles, sino que están unidos a la posición del titular en la respectiva relación jurídica a la que se refieren, así como que no están sujetos a prescripción, sino a caducidad. Más modernamente CERDÁ GIMENO<sup>126</sup> entiende que es “una titularidad de disposición, con derecho a influir en la esfera jurídica ajena de un modo semejante al derecho de presentación en los patronatos activos<sup>127</sup>, y cuya titularidad no atribuye provecho económico alguno”. La idea era originariamente de ROCA SASTRE<sup>128</sup>, aun reconociendo que no puede mantenerse una tesis unitaria al efecto.

En general para el Derecho civil común y los autonómicos, defiende esta tesis FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>129</sup>. En Derecho común la defienden

<sup>125</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit., pp. 91.

<sup>126</sup> CERDÁ GIMENO, José. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XXXI, vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385.

<sup>127</sup> Según el diccionario de la RAEL consiste en “Derecho que tradicionalmente han ejercido los reyes o jefes de Estado de presentar a la Santa Sede personas para los cargos episcopales”, esto es, la presentación de uno o más candidatos a la autoridad eclesiástica competente para que ésta los instituya.

<sup>128</sup> ROCA SASTRE, Ramón María. “Hereditario vitalicio sin disposición de la herencia”. En *Estudios sobre sucesiones*. Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2, pp. 175. Es reproducción de un artículo suyo publicado en, 1948, XXXII.

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 63, nº 583, 1987. ISSN 0210-0444, pp. 1745 y 1746.

GARCÍA RUBIO y RUEDA ESTEBAN<sup>130</sup>. En Galicia BUSTO LAGO<sup>131</sup>. Para Mallorca y Menorca, CERDÁ GIMENO<sup>132</sup>. En el País Vasco el defensor parece ser GIMENO<sup>133</sup> para quien, como ya hemos dicho, existe en el comisario viudo, en el aspecto interno una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; y en el externo una situación jurídica de titularidad interina con facultad de disposición.

El atractivo de esta tesis radica en que si el fiduciario está investido de un poder configurativo o de modificación jurídica va ejercer sus facultades en su propio nombre, no en representación del premuerto y, asimismo, van de suyo las características de cargo: personalísimo, intransmisible y sujeto a plazo de caducidad. Además, cuadra bien con las características de un “officium” de Derecho privado, un derecho-de-

---

<sup>130</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, obra cit., pp. 67 y 83. RUEDA ESTEBAN, José Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia* (tesis doctoral), pp. 397.

<sup>131</sup> BUSTO LAGO, José Manuel. “Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada”. En José Manuel Busto Lago (dir.). *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9, pp. 398: Al afirmar que “el cónyuge designado comisario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede instituir o distribuir”, e invocan la RDGRN 11-03-1929. Pero lo cierto es que ésta dice lo contrario: “la que corresponde a un órgano de disposición, como si el cónyuge premuerto hubiere de decir su última palabra por medio del fiduciario, no un derecho real transmisible a terceras personas; y la expectativa correspondiente a los hijos entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho real transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compra-venta como vendedores de las fincas que con el tiempo, y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les han de pertenecer”. Es decir esta resolución entiende la fiducia como fenómeno representativo.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio” dentro de *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 139.

ber o función tuitiva que la legislación confía a aquel en quien lo haga el causante.

Esta teoría es criticada por LADARIA CALDENTEY<sup>134</sup> porque no puede haber un poder de disposición no perteneciente al titular del derecho. La afirmación contraria implica la confusión del poder dispositivo con la legitimación para disponer. Los casos que se citan como de atribución a tercero de la titularidad de disposición no implican la atribución de la propiedad de una cosa o derecho, como ocurre con las titularidades fiduciarias, sino únicamente casos de sustitución en la legitimación. Para este autor serían supuestos de sustitución en interés del sustituido, entendiendo sustitución en un sentido procesalista<sup>135</sup> como la actividad que alguien desarrolla en nombre propio y en el predominante o concurrente interés propio, pero destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena. Es el tipo de legitimación indirecta que menos se aleja de la directa cuando se concede en el interés predominante del legitimado,

<sup>134</sup> LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 24 a 85. Cita el usufructo con facultad de disposición o la entonces disposición del marido sobre los bienes gananciales, en parte de la esposa. Otros casos de sustitución que cita: 1.- El del usufructuario, que, si tuviese dada o diere la fianza correspondiente, puede “reclamar por sí los créditos vencidos que forman parte del usufructo” (art. 507 CC). 2.- El del acreedor pignoraticio, que puede “ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada, para reclamarla o defenderla contra tercero” (art. 1869 CC). 3.- El de la acción subrogatoria (art. 1111 CC). 4.- El del gestor en la comunidad en mano común. 5.- Es también un caso de sustitución la legitimación del cotitular solidario en que cada acreedor o deudor puede reclamar o está obligado respectivamente a pagar la totalidad de la prestación (art. 1137 CC).

<sup>135</sup> Hoy en día podríamos citar el art. 6.1, ap. 2º, 2º, 7º y 8º LEC: El concebido y no nacido, masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular; grupos de consumidores o usuarios. 7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

pero no supone siempre, como veremos, la exclusión de la legitimación del titular de la esfera jurídica sobre la que recae el acto”.

Entiendo totalmente válida la crítica de ALONSO ALEGRE<sup>136</sup> para quien le surgen dos interrogantes al analizar esta tesis. Primero: si el dominio se ha desglosado, teniendo el poder de disposición el fiduciario ¿quién es el titular del resto de las facultades características del dominio? Segundo: si el fiduciario tiene la titularidad de disposición, ¿por qué no puede transmitirla como titular que es? En este último sentido, la RDGRN de 11-03-1929: “la que corresponde a un órgano de disposición, como si el cónyuge premuerto hubiere de decir su última palabra por medio del fiduciario, no un derecho real transmisible a terceras personas; y la expectativa correspondiente a los hijos entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho real transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compra-venta como vendedores de las fincas que con el tiempo, y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les han de pertenecer”.

Además, la tesis es artificiosa porque pretende sustituir la concesión de facultades propia del poderdante al apoderado sobre el caudal relicto del primero por una escisión o segregación de un patrimonio autónomo descabezado. En consecuencia esta tesis no explicaría que pasa con el cargo tras la renuncia o imposibilidad del fiduciario para desempeñar su encargo ¿quién y por qué título queda subrogado en su lugar? Además, tampoco encaja bien con el deber de cumplir un encargo, el “comitere” del comisario, ora libre, ora sujeto a las instrucciones del causante. Y por ello perniciosa, pues lo sitúa más que en el ámbito de la libertad de que goza el *de cuius*, en una mera habilitación legal al comisario para ejercer las facultades tasadas reconocidas por el ordenamiento vigente.

<sup>136</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 76.

5.2. *Teoría de la subrogación.* La postula MERINO HERNÁNDEZ<sup>137</sup> para quien las teorías de la titularidad de disposición sobre bienes ajenos, la del apoderamiento y la teoría de la voluntad integradora tienen razón pero son insuficientes, pues aunque el negocio sucesorio es uno, actuado por dos diferentes voluntades –la del comitente y la del fiduciario–, no hay una voluntad principal, la del causante, auxiliada o integrada por una voluntad subsidiaria, la del fiduciario, sino dos voluntades principales que se suceden en el tiempo y se superponen en lo sustantivo, para conformar entre ambas una sola y única voluntad. El fiduciario estaría investido de unas facultades de ordenar la sucesión no solamente sobre bienes y derechos, sino también por todo un conjunto de relaciones patrimoniales y personales que han de transmitirse a los sucesores. Cree, por ello, que se produce una “subrogación subjetiva” o “subrogación personal”, en virtud de la cual el fiduciario se coloca o se subroga en la posición jurídica del causante para actuar sucesoriamente como si de éste se tratara y cita al efecto la SAT de Zaragoza de 06-04-1954.

ALONSO ALEGRE<sup>138</sup> objeta que esta teoría no llega a explicar cómo se ve limitado el fiduciario si realmente ocupa la posición jurídica del causante. En realidad, a esta teoría se le pueden formular las mismas objeciones que a la anterior de concesión de un derecho de disposición sobre patrimonio ajeno.

Por mi parte entiendo que esta última tesis es sugestiva en cuanto explicaría el fenómeno de la sucesión por comisario como ir más allá de la mera delegación de la institución de heredero y nombramiento de legatario. Explicaría como se plantean CÁMARA LAPUENTE y NANCLARES<sup>139</sup> que el fiduciario-comisario de Navarra puede otor-

<sup>137</sup> MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 89.

<sup>138</sup> ALEGRE ALONSO, Guillermo. *Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria*, obra cit., pp. 78.

<sup>139</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 842. NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ed. 2016, obra cit., pp. 922.

gar cualesquiera disposiciones, incluso de carácter no estrictamente patrimonial, de igual forma que podría haberlas efectuado el causante (leyes 151 y 281 CDCFN Navarra). También encaja con lo que ya dije<sup>140</sup> sobre que en Derecho Civil Vasco, mientras que el heredero (art. 19.2 LDCV) no es el iusromanista continuador de la personalidad del causante, paradójicamente, el comisario es un representante que actúa por cuenta del mismo tras su muerte (art. 33.1 LDCV), ejercitando sus obligaciones, tanto familiares, (alimenticias, art. 38 LDCV; promoción de tutelas y curatelas art. 39 LDCV), como patrimoniales.

También la considero artificiosa porque la término “subrogación” se usa como eufemismo o sustituto del de representación, cuando no hay cuestión terminológica sino que nos llevaría a la sustitución como derecho u obligación propia del causante por el comisario (art. 1203 CC), lo que podría ser admisible para los herederos distributarios y para la herencia de confianza pero no para el comisario que actúa siempre sin interés propio. En consecuencia esta tesis no explicaría que pasa con el cargo tras la renuncia o imposibilidad del fiduciario para desempeñar su encargo ¿quién y por qué título queda subrogado en su lugar? Además, como en el caso del poder de disposición, tampoco encaja bien con el deber de cumplir un encargo, el “comitere” del comisario, ora libre, ora sujeto a las instrucciones del causante. Y por ello pernicioso, pues lo sitúa más que en el ámbito de la libertad de que goza el *de cuius*, en una mera habilitación legal al comisario para ejercer las facultades tasadas reconocidas por el ordenamiento vigente.

5.3. *Teoría de la “sustitución legal”* de LADARIA<sup>141</sup>. Es una sustitución en interés del sustituido, entendiendo sustitución en un sentido procesalis-

<sup>140</sup> FDEZ. 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*, obra cit., pp. 70.

<sup>141</sup> LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 102.

ta como la actividad que alguien desarrolla en nombre propio y en el predominante o concurrente interés propio, pero destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena. Para dicho autor es el tipo de legitimación indirecta que menos se aleja de la directa cuando se concede en el interés predominante del legitimado, pero no supone siempre la exclusión de la legitimación del titular de la esfera jurídica sobre la que recae el acto. Y como tal identifica los albaceas, los contadores partidores y los síndicos de la quiebra o del concurso, el encargado de distribuir bienes en favor de determinadas personas o categorías de personas (art. 747, 749 y 831 CC), el investido de la facultad de designar heredero que en las legislaciones forales siempre que éste carezca de facultades de goce<sup>142</sup>.

El atractivo de esta teoría es que ralla con la “representación orgánica”, que presenta muchos caracteres similares con la sucesión por comisario de la LDCV, pues como dice Díez-Picazo<sup>143</sup>, se asemeja a la representación legal pues la persona jurídica (léase tanto el causante como la herencia yacente pendiente el ejercicio del poder testatorio) necesita el representante para actuar, no hay dos legitimaciones simultáneas, lo que basta para situarla fuera del campo de la

<sup>142</sup> Señala como sustituidos los herederos (caso del albacea, del comisario partidador y del administrador judicial de la herencia) o los acreedores; el deudor (caso del síndico, del depositario y del interventor). No lo indica respecto de las delegaciones de ordenar la sucesión pero sólo podría ser el difunto, quien ordenar la sucesión.

<sup>143</sup> Díez Picazo y Ponce de León, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 70 a 72. Dicha tesis según de la representación orgánica resuelve según este autor la dicotomía de otras dos tesis. La teoría del órgano y la teoría de la representación simple: En la teoría del órgano se concibe a la persona jurídica como un ser con plena capacidad de obrar que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados por dichos órganos dentro del círculo de la competencia de cada uno de ellos valen o se consideran como actos de la persona jurídica de manera que no existe ninguna intermediación. Según la teoría de la representación, la persona jurídica se piensa como un ser incapaz de obrar por sí mismo, que, a semejanza con lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal.

representación estrictamente voluntaria. Pero se parece a esta última en que la determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación, las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada de los interesados, fundadores o miembros de la persona jurídica, no de la ley.

Sin embargo, no encaja bien con que el *alkar poderoso* sí se concede en el propio interés del comisario viudo y, en general, porque, como veremos, la LDCV habla estrictamente de poder para testar, del fenómeno de la representación voluntaria y directa.

### III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO EN LA LDCV

En la actualidad hay dos posturas mayoritarias que se han pronunciado sobre la tipificación de la sucesión por Comisario en la LDCV. Por un lado la, denominémosla así, clásica, patrocinada fundamentalmente por CELAYA, quien propugna que estamos en presencia de un verdadero poder para testar. Por el otro la más reciente, propuesta por ASÚA, quien no obstante reconoce que la actual regulación persevera en el poder testatorio, propugna la sustitución de esta figura por la de lo que se denomina “fiducia sucesoria” o simplemente “fiducia”.

#### 1. La sucesión por comisario como poder para testar

CELAYA<sup>144</sup> definió en 1972 el testamento por comisario como el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió.

<sup>144</sup> CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 736.

En consecuencia, el fenómeno de la sucesión por comisario es la ordenada por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud del poder que ésta le confirió y se integra por dos actos<sup>145</sup>: 1º.- el poder sucesorio, que es un acto del causante o comitente en el que autoriza a otra persona para disponer de sus bienes tras su muerte (art. 30 LDCV), y 2º.- el acto de atribución sucesoria por cuenta del causante que otorga el comisario designado, haciendo uso del poder (art. 18 y 43 LDCV). Esta definición sigue siendo válida conforme al art. 30 LDCV y de poder testatorio se califica en la E.d.M. de la LDCV<sup>146</sup>. Y más todavía, reconoce ASÚA<sup>147</sup> que cuando afirma art. 43.2 LDCV que la ejecución del cargo es una “disposición realizada en nombre” del causante sin duda reafirma la tradicional visión como un poder testatorio.

La Doctrina más vizcaína, práctica del Derecho, alrededor de la AVD/ZEA sostiene esta misma opinión. Así URRUTIA<sup>148</sup> para quien el comisario es un alter ego del causante pues “cuando realiza el testamento o el pacto

<sup>145</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 162.

<sup>146</sup> E.d.M. de la LDCV: “El testamento por comisario que supone una excepción al principio general del Cº Civil del testamento como acto personalísimo (art. 669 y art. 670) supone cronológicamente dos momentos diferentes: El primero determinado por la realización del testamento por el comitente, en vida de éste, momento en el que éste designa el comisario o los criterios para su determinación, junto con las disposiciones para su actuación como comisario. Este primer momento exige el otorgamiento de testamento ante notario. El segundo, precisado en uno o varios actos y que puede prolongarse a lo largo del tiempo, supone la utilización del poder testatorio por el comisario, que en uno o varios actos, como luego veremos, dispone de todo o parte de los bienes a favor de los sucesores del comitente que pasan a ser, tras este acto, los sucesores efectivos del comitente, sin perjuicio de la posibilidad de revocar este acto de ejercicio del poder testatorio en los casos en que la ley lo permite...”.

<sup>147</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Manual de Derecho Civil Vasco*. Obra cit., pp. 362.

<sup>148</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés Mª. “La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular”. En *El derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 324.

sucesorio del comitente no está solo representando a este, sino ejercitando la voluntad de aquel que en base a esa relación de confianza, otorgó dicha confianza por escrito a través de un encargo o comisión y lo hizo además de una forma más o menos amplia en función de su voluntad y, sobre todo, de su libertad civil y del principio de delegabilidad”. También un servidor<sup>149</sup>

Igualmente es la postura de la Jurisprudencia y a modo de ejemplo la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018 y la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-10-2018 que cita la SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016 para la que tal figura supone “-el más amplio poder (*potere osoa*) para disponer de la herencia del que primero fallezca, *alkar podere osoa*, o en expresión del art. 33 de la recientemente derogada Ley 3/1992, recogiendo una ancestral denominación, *alkar-poderoso*, que no obstante también se ha entendido de forma diversa como la situación del viudo con poder de disponer de la herencia del cónyuge premuerto, que la usufructúa y es representante de la misma”. La SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 “...usando para ello del poder testatorio, lo que está haciendo es ejercitar la confianza que en ella para distribuir sus bienes le confirió su esposo, como si de él mismo se tratara”.

## 2. La sucesión por comisario como fiducia sucesoria

En las publicaciones de autores de un sector de la Doctrina en el País Vasco a partir de 1992<sup>150</sup>, generalmente docentes de la Universidad del

<sup>149</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier. *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 166 y FDEZ. 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*, obra cit., pp. 70.

<sup>150</sup> La introducción del término “fiducia sucesoria” en relación a la normativa vasca se lo debemos a ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *La designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 17 y ss.

País Vasco, es corriente llamar “*fiducia sucesoria*” a la sucesión por comisario o usar ambas denominaciones indistintamente<sup>151</sup>.

La crítica al entendimiento de la sucesión por comisario como un poder testatorio que efectúa ASÚA<sup>152</sup> la resume CÁMARA LAPUENTE<sup>153</sup> en el sentido que hay dos grados cualitativos de intervención de un tercero en la sucesión del causante: aquéllos que rompen con el “*personalismo formal*”, que permiten que un tercero distinto del causante otorgue su testamento o contrato sucesorio, un auténtico representante que actúa con propia voluntad, que son sistemas jurídicos minoritarios. Y otros ordenamientos jurídicos que lo prohíben pero admiten un “*personalismo material*”, de modo que el causante otorga un instrumento en que reenvía a la voluntad de otro la toma de decisiones, como la designación del concreto sucesor, la fijación de porciones, etc. Así, para este grupo de autores, el testamento por comisario contraviene el personalismo formal y supone un arbitrio ilimitado o escasamente mediatizado, mientras que en los demás tipos de fiducia sucesoria el arbitrio del que disponen las personas de confianza existe, pero está mucho más restringido al haber fijado el causante un grupo de per-

<sup>151</sup> GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo I del Derecho Foral al Derecho Civil Vasco”, y “Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”. Ambos 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. 40 y 417, respectivamente. GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio. *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 403. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 139. Aunque ciertamente todos estos autores usan indistintamente la denominación “fiduciario” y “comisario”.

<sup>152</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”. En Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, José M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 1993. ISBN 84-7698-219-4, pp. 891. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 90 y 135 y *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 365.

<sup>153</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 614 y 615.

sonas entre las que elegir o distribuir el haber hereditario. El comisario se subroga en todas la facultades dispositivas y ordenadoras de la sucesión que tenía el causante y le sustituye conformando con su propia voluntad (del comisario) el destino de bienes ajenos (del causante); supone una suerte de “representación *post mortem*” que resulta inadmisibles con los principios personalistas que la mayoría de los ordenamientos sancionan”.

ASÚA también introduce la misma idea bajo lo que denomina “*principio de responsabilidad del causante en la ordenación de su sucesión*” del que no podría abdicar ilimitadamente y, repudiando la concepción de la sucesión por comisario como fenómeno representativo del causante, deduce como consecuencia (que evitaría los críticos a la figura de la delegación de la ordenación de la sucesión) que el testador no puede hacer una dejación absoluta de responsabilidades a favor del comisario en la ordenación de su sucesión y, se le exigiría el mínimo, de “amén del nombramiento del comisario por sí mismo, sería el de la designación del grupo de posibles sucesores”<sup>154</sup>.

Tal opinión recibió crítica rotunda de GIMENO<sup>155</sup> como carente de apoyo legal y contraria a la evolución histórica de la figura del comisario. Efectivamente la “*fiducia*” nos retrotrae a una querencia por la prohibición de delegar la voluntad de testar, o, en la duda, reducirla a la menor expresión posible, elección *in incertum de incertis* propia de las Partidas y las Leyes de Toro en Castilla pero que fue superada en la Edad Moderna en Bizkaia.

CELAYA<sup>156</sup> por su parte entiende que el prejuicio base de la teoría de la fiducia, que no se puede representar a un muerto, constituye “*dogmas no hacen*

<sup>154</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, obra cit., pp. 891.

<sup>155</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 142.

<sup>156</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 164.

*avanzar las Ciencias*”, que la solución tiene clara consolidación sin dificultades técnicas en España y, sobre todo, a mi entender el argumento central: “Si cumplimos la voluntad de una persona que no existe cuando se trata de repartir sus bienes, ¿por qué no atenderla cuando dispone que se haga con ellos lo que decida el comisario?”. Es decir, si cumplimos la voluntad a través de terceros, ora los herederos, ora el albacea, ¿por qué no permitir la delegación aunque la representación voluntaria en este caso es una ficción legal, lo mismo que la representación orgánica? En el mismo sentido se postulaba en su día ANGULO<sup>157</sup>: “Es incalculable el número y la entidad de los actos a que se aplica que se aplica, para fines realmente útiles, la doctrina de la representación, y no por ello se entiende ni se ha entendido nunca que se abdica de la voluntad propia, que se enajena una de las facultades inherentes a la personalidad. Esta sencilla consideración de sano sentido común, lo demuestra en mi opinión de un modo indudable: si yo doy poder otro para que haga algo por mí, ó posee instrucciones expresas mías, ó tengo el convencimiento de que, conociendo el asunto de que se trate tan bien como yo, ó inspirado por mi mismo criterio, identificado con mi modo de pensar, hará en su gestión cuanto yo haría y en iguales términos y condiciones. ¿Hay aquí enajenación de voluntad? Antes, por el contrario, al conferir el mandato, yo afirmo una vez más mi voluntad propia, puesto que sólo bajo el supuesto de que se ha de obrar como yo obraría lo otorgo y confiero?”. Es más, no es tan ficción legal pues el propio Díez-Picazo<sup>158</sup> señala casos de subsistencia del apoderamiento tras la muerte del poderdante en Derecho común.

<sup>157</sup> ANGULO LAGUNA, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*. Hijos de Reus, Madrid, 1903. Edición facsímil en colección Clásicos de Derecho Vasco. AVD/ZEA, 2006. ISBN84-7752-348-7, pp. 191.

<sup>158</sup> Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 293 y 294: La subsistencia de la representación del factor mercantil a pesar de la muerte del mandante, titular del establecimiento o empresa y el art. 1738 CC que dispone que lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante, es válido y surte todos sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

### 3. Balance la situación

Bien miradas las posiciones no son tan diferentes y, casi, casi, es una mera cuestión terminológica que históricamente no tiene mucho fundamento, pues como advierte NÚÑEZ IGLESIAS<sup>159</sup>, históricamente “En la designación del comisario, el testador, según advierte Carpio, podía emplear cualquier nombre (divisor, distributor, dispensator, minister, cabezalero, emansisor, testamentario, albacea, ejecutor o comisario) sin que por el solo nombre pudiera saberse el tipo de encargo encomendado. Este encargo sólo se sabría por los concretos poderes otorgados, pues las leyes –dice– «sint impositae rebus, et non verbim”.

Hay práctica unanimidad en la Doctrina y Jurisprudencia<sup>160</sup> actuales en la denominación “fiducia sucesoria” para las diferentes variedades de delegación de la facultad de *ordenación sucesoria* en el Derecho interregional español<sup>161</sup> y, a la vez, separarla de las figuras de la *ejecu-*

<sup>159</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 256.

<sup>160</sup> Así la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012

<sup>161</sup> Aragón. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit, pp. 273 y ss., recopila diferentes sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza y del Tribunal Supremo en el siglo XIX en las que se habla de “testamento por comisario”, “fideicomisarios” o “herederos fiduciarios”. Según ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 58 y MARTÍNEZ CORTÉS, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 37, el testamento por comisario era la designación tradicional de los tratadistas aragoneses. La actual denominación legal, según DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Los proyectos de apéndice del Derecho Civil de Aragón (1880-1925) I. Estudio Preliminar*. Institución «Fernando el Católico» y Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2006. ISBN 84-7820-831-3, pp. 23, 34 y 45) parte del híbrido art. 29 del Apéndice de Derecho Foral de Aragón (“fiduciario comisario”), el Proyecto de Franco (art. 117 a) le llama “delegación”, lo mismo que en el art. 59 del Proyecto de Ripollés de 1899. Y el de Gil Bergés de 1904 habla de “encomendar”. Es la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón la que (art. 110 y ss.) consagra la denominación “fiducia sucesoria” que parece ser atribuida a LACRUZ (DELGADO ECHEVARRÍA, obra cit, pp. 27). Baleares. En Mallorca y Menorca se habla de “distributivo” o “heredero distributivo” NÚÑEZ IGLESIAS (obra cit., pp. 328) reseña tal denominación en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo, anterior a la Compilación de 1961. En Ibiza y Formentera CERDÁ GIMENO, José. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 2º-A, obra cit., pp. 1402; y MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 62, rastrean en los protocolos notariales la expresión tradicional “delegación sucesoria” frente a los catalanistas, que quieren ver en “fiducia sucesoria”. CARDONA/LLODRÁ, “Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 842, transcriben escrituras sobre poderes y ratificación y añaden que la Compilación de 1961 fue fiel a dicha práctica, calificándola “delegación de facultades” o “cláusula de confianza”. Concluye JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*, obra cit., pp. 369, que la reforma de 1990 modificó esta regulación, extrayéndola de la ubicación sistemática dentro de la regulación de la sucesión testamentaria, eliminando la expresión “cláusula de confianza”, e introduciendo la expresión “ordenar la sucesión”. Cataluña. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 135, constata que en los siglos XVI y XVII en la zona de Pallars Sobirà, el Pirineo catalán y Andorra la costumbre de confiar a la esposa y a otros parientes la última disposición, a los que ROCA SASTRE y otros denomina respectivamente “cláusula de confianza” para el caso de que el elector sea la esposa, y la de “heredamiento por fiduciario, cuando el elector es un pariente. Además se constata un segundo encargo consistente en atribuir a un tercero la declaración y la ejecución de la última voluntad que se le ha comunicado confidencialmente, un depositario de la herencia, sin beneficio sobre la misma que por los autores modernos el nombre de herencia de confianza. Según POZO (del) CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit. pp. 135, la regulación vigente procede del Proyecto de compilación de 1955 cuyo principal redactor fue Ramón María Roca Sastre Registrador de la Propiedad en Pallars Sobirà, en cuya capital, Sort, estuvo destinado. Pero la figura no tenía denominación alguna. Fue PUIG FERRIOL, el autor de la denominación “institución de heredero por fiduciario” como el mismo reconoce en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, Vol 1º. EDESA, Madrid, 1982. ISBN 84-7130-365-5-84-7130-216-0., pp. 254 y 274). Galicia. CORA GUERRERO, Juan Manuel y GIL CABALLERO, María José. “Del testamento por comisario”. En *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, obra cit., pp. 143, afirman que la sucesión por comisario no tiene precedentes en el Derecho Gallego, y hoy en día lo regula como “Del testamento por comisario”. Navarra: NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 273, reconoce la ausencia de la figura en la Novísima Recopilación de de 1716, por más que “se pretende su aprobación en la ley 16, del título XIII, libro III”. Y añade “No obstante, García-Granero ha indicado la existencia de varios documentos de la segunda mitad del siglo XVI, en el protocolo notarial de Puente la Reina, conteniendo

*ción sucesoria* (albaceas, administradores de la herencia, contadores partidores...). A partir de ahí surge la discrepancia sobre la naturaleza jurídica del encargo, entendida como su encuadramiento o tipificación dentro de ciertas otras figuras legales, que es el debate a que se reduce la cuestión de la naturaleza jurídica, generalmente tratando de eludir el principio *mandatum mortedissolvitur* (el mandato se extingue por la muerte) que aparece formulado como un clásico en Derecho Romano<sup>162</sup>.

La propia ASÚA reconoce<sup>163</sup> la poca trascendencia real de la disquisición sobre si hay poder testatorio o mera legitimación indirecta del fiduciario para ejercer en nombre propio facultades dispositivas por causa de muerte sobre el patrimonio del causante: “Bien mirado, y desde el punto de vista del funcionamiento material y del logro de la finalidad perseguida con la institución denominada «testamento por comisario», no es una cuestión en absoluto trascendental la determinación de si efectivamente existe o no testamentificación por otro; y ello es así porque no se pone en tela de juicio la esencia de la institución: la posibilidad de encomendar

---

podere testatorios (...) El apoderamiento se hace entre cónyuges, y para elegir heredero universal y distribuir los bienes entre los hijos del matrimonio, con plena libertad de elección, o señalando las normas a las que debería sujetarse para efectuar la designación”. Es en la Compilación de 1973, ley 151 donde aparece por primera vez la denominación “fiduciario-comisario”. Derecho Civil Común: La figura más próxima es el art. 831 CC que carece de tipificación alguna en cuanto a la figura. Observan FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. “La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003”. En *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, Año V –Extraordinario nº 4– Bilbao, junio de 2007. ISSN: 1888-0525, pp. 24; y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1584, que el art. 831 CC no emplea las palabras comisario o fiducia sucesoria, como ha sido tradicional en Derecho foral, el testamento por comisario o fiducia sucesoria, ni le da ningún nombre especial a la nueva institución.

<sup>162</sup> SÁNCHEZ COLLADO, María Elena. “La exclusión del principio *mandatum morte dissolvitur* en el derecho romano y en la tradición jurídica española”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 39. ISSN 0716-5455. Valparaíso agosto 2017, pp. 142.

<sup>163</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Designación de sucesor a favor de tercero*, obra cit., pp. 51 y ss.

por parte del causante a otra persona que tras su muerte ordene su sucesión. Se trata, sin embargo, de pronunciarse respecto a un tema de dogmática jurídica, determinando, desde tal perspectiva, si es admisible hablar no ya sólo de otorgar el testamento de otro, sino de otorgar el testamento de un muerto –de actuar, en definitiva, en su nombre–”.

Por otra parte, como afirma LACRUZ<sup>164</sup>, la representación no es un concepto definido por la ley, sino una construcción doctrinal en función de la utilidad que pueda reportar a la práctica y a la formación del sistema un concepto más amplio y general o más estricto y exigente. Y ciertamente, el poder tampoco se ajusta perfectamente al fenómeno jurídico de la sucesión por comisario, señalando como diferencias más importantes la inexistencia de responsabilidad del apoderado frente al poderdante, la imposibilidad de revocación durante su ejercicio; y que no hay simultaneidad de legitimación en el ejercicio de las facultades que asume el representante.

Estamos de acuerdo con ASÚA, sobre todo si asumimos a las fuentes originarias donde bebe este sector de la Doctrina, que es el citado LACRUZ BERDEJO para quien el fenómeno representativo, incluido el poder, funciona mediante una integración de voluntades entre representado y representante. Efectivamente, este autor<sup>165</sup> acoge la siguiente definición de Díez-Picazo<sup>166</sup> sobre la representación: “aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas”. Es decir, acogerá no sólo la representación directa, sino también la indirecta, pero, lo más importante,

<sup>164</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit., pp. 295.

<sup>165</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit., pp. 299 y ss.

<sup>166</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 64.

entiende la representación en los negocios jurídicos conforme a la “teoría la cooperación funcional o cualitativa” de PUGLIATTI, para quien en el negocio representativo concurren la voluntad de representante y representado en función diversa por naturaleza y por cualidad: el representado emite el acto de decisión (comprar, arrendar), su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad negocial: el representante aporta la voluntad de contenido (objeto, condiciones), y el primero no puede abdicar totalmente del contenido pues, si lo hiciere quedaría violado el principio fundamental de la autonomía privada, y preterida la idea del negocio jurídico como medio o mecanismo para la autorregulación de intereses: el único que puede autorregular sus intereses es el propio interesado (representado), sea expresando su voluntad previamente, a través del poder, sea a posteriori, mediante la ratificación.

Como se ve es el mismo mecanismo que este autor, LACRUZ<sup>167</sup>, defiende para la fiducia: “El testamento en que se nombra comisario o distribuidor no es un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto -señalar la dirección del fenómeno sucesorio y necesita de un elemento integrativo”. Y lo que este autor denomina autorregulación es lo que ASÚA y PUGLIATTI llaman “responsabilidad”. Y en suma, este punto de vista no es muy lejano de la distinción entre acto de apoderamiento y ejercicio del poder que efectuó CELAYA.

La actuación del fiduciario sería pues de representación indirecta, la cual al carecer por definición de la “contemplatio domini”, de la declaración de actuar en nombre del representado, para ser eficaz requeriría dos actos (teoría del doble efecto): la contratación por el representante y la retransmisión de los efectos de dicho contrato por el representante

---

<sup>167</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 711. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

al representado (BADENAS CARPIO<sup>168</sup>). Pero ello no tendría lugar en el caso de la fiducia sucesoria, sino que habría una repercusión directa en el patrimonio hereditario del causante de los actos del fiduciario. Y a ello se podría llegar por diferentes y concurrentes vías: Ora porque eso sucede señaladamente cuando se trate de “cosas propias del mandante” (art. 1717 pfo. 2º CC y Díez PICAZO y BADENAS CARPIO<sup>169</sup>), lo que sería obvio al ejercer la “fiducia” sobre los bienes inventariados del “de cuius”. Ora porque como señalan JORDANO BAREA<sup>170</sup> y la Jurisprudencia que cita prima la obligación nacida del mandato, sin que se pueda oponer “erga omnes” la titularidad formal del mandatario/fiduciario, por lo que los terceros quedarían siempre vinculados por el encargo, a salvo los adquirentes a título oneroso y de buena fe (cfr. art. 464 CC y 34 LH). Ora porque (DÍEZ-PICAZO y LADARIA CALDENTY<sup>171</sup>) el contrato de mandato no es de los que valga para adquirir el dominio (art. 609 CC), de modo que puede haber adquisición directa por el mandante desde el principio y que sólo habría que corregir la inexactitud del registro por mor de lo ordenado en el art. 38 LH. En suma, podemos hacer eco de las palabras de LADARIA CALDENTY<sup>172</sup> de que “en el Derecho moderno, el único criterio para diferenciar la representación directa de la mediata es el de la en nombre ajeno en el primer caso, y en nombre segundo, pues no es ya decisivo el de la producción de los efectos en la esfera del representado

<sup>168</sup> BADENAS CARPIO, Juan Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 1998. ISBN 84-8193-992-7, pp. 257 y ss.

<sup>169</sup> DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 48. BADENAS CARPIO, Juan Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*, obra cit., pp. 257.

<sup>170</sup> JORDANO BAREA, Juan Bautista. *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, *Anuario de derecho civil*, vol. 36, nº 4, 1983. ISSN 0210-301X, pp. 1436.

<sup>171</sup> DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 273. LADARIA CALDENTY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 95.

<sup>172</sup> LADARIA CALDENTY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 91.

o en la del representante, pues no es necesaria la “contemplatio domini”, característica de la representación directa, para que dichos efectos recaigan inmediatamente sobre la esfera del representado”.

Concluamos con las palabras de ANGULO<sup>173</sup>, defensor de la teoría de la representación pero que afirma algo que vale para ambas: “En lugar de enajenación en el caso de mandato, ¿no hay una comunicación, una cierta especie de extensión a terceras personas de mi voluntad propia?

¿No amplío la esfera de acción de esa facultad de mi espíritu, puesto que pongo al servicio de sus voliciones nuevos medios de ejecución?”.

#### IV. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA TIPIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO COMO PODER TESTATORIO

Por lo tanto, fiducia o poder, como reconoce ASÚA, llegamos a casi la misma solución. Pero si partimos del prurito doctrinal de no aceptar que la delegación de la facultad de ordenar la sucesión responde al fenómeno jurídico de la representación, no vale luego rellenar la fiducia por analogía con la normativa del poder, pues supone abdicar de tal prurito, ser inconsecuentes. Efectivamente, al final los autores aplican subsidiariamente a la fiducia las reglas del poder, rompiendo el rigorismo doctrinal. Las ventajas de concebir la delegación sucesoria como una función por poder voluntario concedido por el causante al comisario son mayores, a saber:

##### 1. Desde el punto de vista de su naturaleza

*1.1. El poder sólo habilita (pero no obliga) al representante, para actuar.* Le permite gestionar los asuntos del poderdante (representado), y señala los límites de la actuación autorizada, pero nada más; lo que es perfectamen-

<sup>173</sup> ANGULO LAGUNA, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 191.

te coherente con su libre aceptación y repudiación (art. 45.5 LDCV), y la amplia gama de facultades concedibles art. 30 y 33 LDCV. La fiducia enlaza con las teorías restrictivas de la facultad de delegar la testamentificación, en reducir la elección del comisario a la ejecución de un encargo confidencial que le obliga al comisario en el *an* y en el *modus*, un sistema reducido de elección *in incertum de certis*, o cierto arbitrio o equidad o una reducción en los plazos, en la imposibilidad del marco jurídico y doctrinal de desbordar estos límites.

1.2. *La innecesiedad de la relación causal*, pues siendo el apoderamiento un acto unilateral, no contractual, concede una autorización para vincular el patrimonio del causante, sea cual sea el negocio subyacente, que no es necesario que exista. Mientras que la fiducia hace referencia a instrucciones reservadas o un cierto canon de justicia o de ausencia de arbitrariedad.

1.3. *De ahí derivaríamos la imposibilidad de fiscalizar la ejecución*: al residir la confianza otorgada en el propio poder, las instrucciones del comitente, si las hubiere, deberán constar necesariamente en el mismo y el comisario será libre en lo que no figure en ellas pero respetamos la voluntad del causante pues será nulo lo decidido por el delegado en lo que de ellas excedan. Asimismo, se evitan las instrucciones secretas o las no secretas pero no formales, aquéllas que se pudiese probar que existiesen, p.ej. testigos, documentos privados, grabaciones, etc. Se garantiza así la eficacia de la institución al no tener la ejecución del comisario otro ámbito de comparación que los citados poderes y no conceptos ambiguos o restrictivos como el arbitrio debido o la equidad.

## 2. Desde el punto de vista subjetivo

2.1. *Menos problemas de legitimación del causante en los supuestos de conversión, conflictos móviles interregionales e intertemporales*: La conversión de fiducias sucesorias en poderes testatorios es complicada. Particularmente las

otorgadas conforme al art. 831 CC antes de la entrada en vigor de la LDCV y a ejecutar durante la vigencia de la misma. Autores como PIÑOL y PARAMIO<sup>174</sup> y OÑATE<sup>175</sup> optan por la conversión, entienden que la LDCV equipara al fiduciario del art. 831 CC con el comisario de la legislación vasca, a tenor de sus art. 33 y D.T<sup>a</sup>. 5<sup>a</sup>. No obstante, la RDGRN de 18-12-2019 resolvió lo contrario, que conferida la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 CC a sus reglas habrá de atenerse la actuación de la fiduciaria y, en consecuencia, habida cuenta que no está entre sus facultades la de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos, procede analizar su actuación en el supuesto concreto. No hay, en suma conversión de una figura en la otra. Dicha Resolución tiene su precedente en la SAP de Bizkaia, sec. 4<sup>a</sup>, de 07-04-2009 que igualmente afirma que las facultades del delegado son las señaladas por el testamento con remisión expresa al art. 831 CC en el que no cabe una legítima colectiva y apartamiento. Estoy totalmente de acuerdo con estas dos resoluciones citadas por varios motivos: Básicamente a partir porque la D.T<sup>a</sup>.5<sup>a</sup> de la propia LDCV al conservar la validez de las delegaciones de la facultad de mejorar y sus actos de ejecución que era lo que el art. 13 Ley 3/1992 permitía hacer a los vizcaínos no aforados<sup>176</sup>, está negando tal conversión. Además va contra la esencia del poder porque supondría ampliar las facultades otorgadas, no por voluntad del causante, sino por un cambio normativo. La voluntad del causante no

<sup>174</sup> PIÑOL OLAETA, Elixabete y PARAMIO JUNQUERA, Nieves. “Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final”. 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. 231.

<sup>175</sup> OÑATE CUADROS, Francisco Javier en su alegaciones recogidas por la RDGRN de 18-12-2019, «BOE» núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24764.

<sup>176</sup> MANZANO MALAXECHEVARRÍA, Juan Ramón y URRUTIA BADIOLA, Andrés María. “El nuevo artículo 831 del Código civil y su repercusión en Bizkaia”. *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, n<sup>o</sup> 2, ISSN: 1888-0525, junio de 2004.

puede ser interpretada por hechos futuros y mucho menos por cambios normativos futuros<sup>177</sup>.

Pero para el problema de si es mejor considerar la sucesión por comisario una fiducia o un poder testamentario, cabe decir que es mejor lo segundo, pues, el poder es voluntario, no hay una *representación orgánica* conferida que prefigure las facultades a las cuales el causante no puede sino acogerse, sin más, quedando su libertad reducida a señalar a favor de quién y por cuanto tiempo la ejerce. En dicha hipótesis se podría entender una actualización o ampliación de las facultades orgánicas en virtud del cambio normativo. Como el poder es el que más amplias facultades concede al comisario, y como quien puede lo más puede lo menos, este menos será lo que permitan otras normativas más restrictivas que sobrevenidamente resulten de aplicación. Veremos también en el siguiente párrafo más argumentos a favor. Pero esta solución no funcionará al revés como hemos visto con el régimen intertemporal del art. 831 CC. Es decir, quien haya otorgado una delegación sucesoria más limitada no podrá entender conferida la más extensa del comisario foral vasco (art. 9.8 y D.T.<sup>a</sup>. 12<sup>a</sup> CC por remisión de la D.T.<sup>a</sup>. 1<sup>a</sup> LDCV) si adquiriese posteriormente la vecindad civil vasca, entre otros argumentos, porque, en principio, podrá ordenar de nuevo una sucesión por comisario.

Íter más, aunque la Doctrina en general entiende que en dicho supuesto art. 9.8 CC salva su validez, sin perjuicio del ajuste legitimario a la ley que rija dicha sucesión. Sólo parece dudarle PARRA LUCÁN cuando afirma que “*no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas gene-*

---

<sup>177</sup> STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 29-12-1997, la voluntad testamentaria será la existente en el momento de otorgar el testamento, sin que pueda acogerse el argumento de que de haber conocido el testador determinados hechos posteriores al testamento este lo hubiera revocado o modificado (disposición sucesiva a favor de la esposa de un primer heredero con expresión de su nombre y apellidos, cuando después del testamento se produjo el divorcio de ésta y el primer heredero designado). En sentido similar, la SAP de Bizkaia, sec. 5<sup>a</sup>, de 01-12-2015.

*rales sobre conflictos de leyes, puesto que el art. 9.8 del Código Civil, al no tener presente la institución de la fiducia, sólo se cuida de dejar a salvo las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley personal del momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión*". Es decir, dicha autora está pensando que la sucesión fiduciaria no es una mera forma testamentaria, en lo que lleva razón. Sin embargo, estoy con la Doctrina mayoritaria por varios motivos: 1º.- Cuando el 9.8 CC (art. 18 LDCV) trata de testamentos y pactos sucesorios se está refiriendo a maneras de suceder, es decir, al título material de suceder, art. 9.8 CC, no al formal (regulado en el art. 11 CC/art. 22 LDCV). 2º.- la D.Tª.1ª. LDCV al remitirse en bloque a las D.Tª. 2ª y 12ª produce similar resultado al art. 9.8 CC como acabamos de ver sobre la subsistencia del poder testatorio del poder testatorio. 3º.- Si, como defendemos, nos fijamos en que estamos en presencia de un verdadero poder testatorio válidamente otorgado, lo cual sólo es posible por testamento o pacto sucesorio (art. 31 LDCV), la validez de dichos testamentos o pactos sucesorios ha de apreciarse en el momento de otorgamiento (art. 11 CC), si bien su ejecución deberá ajustarse al régimen legitimario que corresponda consecuencia de, no sólo de la proposición segunda del art. 9.8 CC, sino, si omitiéramos este precepto, de la propia imperatividad de las legítimas que se deriva de su proposición primera. Y en tal caso la solución de dicho precepto es válida aunque ciertamente no estemos en presencia de una mera forma testamentaria (art. 22 LDCV) sino un modo de delación (art. 17.2 LDCV). Asimismo, Por fin, la D.T.2ª. un argumento análogo a la subsistencia del poder testatorio muy similar a lo que acabamos de decir, que los poderes para testar válidos con arreglo a la normativa anterior (cámbiese conflicto intertemporal de normas por conflicto móvil territorial) seguirán siendo lícitos, y producirán su efecto, su revocación o modificación o de sus cláusulas no puede tener lugar con la nueva legislación, ha de optarse por testar con arreglo a la misma.

2.2. *Problema de capacidad del comisario: Si el fiduciario actúa en su propio nombre, precisaría la capacidad precisa para otorgar el acto de ordenación sucesoria en el mismo momento de apertura de la sucesión.* Por la misma razón, cuando el representante no es capaz para el acto para el cual se le apodera, el poder es inútil, pero no nulo ni impugnabile, y desde luego vale para respaldar los actos que realice aquél una vez adquirida la capacidad, lo que es consecuente con el art. 32.1 LDCV que establece que ha de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar en el momento en que ejercite el poder sucesorio e incluso con la repesca del art. 44 LDCV. Por el contrario, el art. 440.1 CDF Aragón, paradigma de la fiducia, determina que el fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante, lo que determinaría la ineficacia de su llamamiento (art. 462 CDF Aragón) y si es el único la extinción de la fiducia (art. 463 CDF Aragón) pero es consecuente con actuar en su propio nombre.

2.3. *Problema de legitimación del comisario.* Que el apoderado podrá usar todos los instrumentos de ordenación de la sucesión que permita la LDCV como ley personal del causante, a quien representa. Si el fiduciario actúa en su propio nombre sólo podrá usar aquéllos medios que permita su ley personal. Así, GIL RODRÍGUEZ<sup>178</sup>, entiende que el *usufructuario poderoso* precisa tener la vecindad civil vasca para usar los instrumentos *mortis causa* ordenadores de la sucesión de ésta (art. 18 LDCV), particularmente los pactos sucesorios.

2.4. *Más problema de legitimación del comisario:* Como el fiduciario testa en su propio nombre una persona jurídica no podrá testar y por tanto otorgar testamento en ejercicio de su cometido. El apoderado, sea persona física o jurídica, al testar por el difunto que podrá usar tanto las formas

---

<sup>178</sup> GIL RODRÍGUEZ, 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. 993.

entre vivos como mortis causa de ordenar la sucesión (art. 670 y 1259 CC, a “sensu contrario”).

2.5. *Problema de legitimación de los sucesores. El poder testatorio da más libertad al comisario* (cfr. art. 46 LDCV), y por tanto, al causante que el fiduciario. Así, GIL RODRÍGUEZ<sup>179</sup> para quien tal designación de potenciales sucesores es requisito de la validez, no del usufructo como derecho subjetivo, pero sí de la fiducia sucesoria aneja al mismo. Frente a ellos, los que opinamos que el señalamiento es un requisito de ejecución, no de validez.

2.6. *Más problema de legitimación de los sucesores.* Si éste según ASÚA debe tener delimitado el ámbito subjetivo de beneficiarios, se limita a una elección “*in incertum de certis*”, la fiducia cedería en el supuesto, p.ej., de premoriencia o incapacidad de todos los sucesores presuntos, abriéndose el testamento preventivo o la sucesión abintestato. Ello no sucede en el comisario que tendrá en tal caso, sea cuando fallece el causante, sea al tiempo de ejercer el poder, plena libertad (art. 33.3 LDCV).

### 3. En el ámbito objetivo

3.1. En general, la fiducia es un “mandato especial”, para uno o más negocios determinados (art. 1712 CC), mientras que el poder es un “mandato

---

<sup>179</sup> GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., ed. 2016, obra cit., pp. 984-986: Si faltara esta nominación, expresa o implícita, de posibles sucesores, la constitución del usufructo poderoso devendrá ineficaz, siquiera en la vertiente fiduciaria, debido a que el causante ha renunciado a conducir voluntariamente su tracto sucesorio más allá de conferir el mero disfrute usufructuario. También sucedería lo mismo si la designación de los sucesores hubiera quedado establecida por el causante en tal modo que apareciera vedada para el usufructuario la posibilidad de modular la misma, o ello derivara de las propias circunstancias del llamamiento, al concurrir, por ejemplo, un solo hijo o descendiente del causante; supuestos más propios de ser calificados de sustitución fideicomisaria o de fideicomiso de residuo.

general”, para todos los negocios, toda la ordenación sucesoria del causante (art. 30 y 33.1 LDCV), o dicho de otra manera, el consiguiente carácter cuasi libérrimo del comisario en lo no ordenado por el causante (art. 4, 30 y 46 LDCV y OÑATE<sup>180</sup>). Por el contrario, la fiducia es una suerte de *actuación orgánica* admitida por ley que prefigura las facultades a las cuales el causante no puede sino acogerse, sin más, quedando su libertad reducida a señalar a favor de quién y por cuanto tiempo la ejerce.

3.2. *La interpretación de las facultades de la delegación será restrictiva consecuencia de su consideración como un poder, por lo las mismas que han de constar por escrito* (LATORRE<sup>181</sup>, art. 441 CDF Aragón, art. 31 y 33.1 LDCV)<sup>182</sup>, en documento público, con lo que se garantiza tanto la seguridad del tráfico frente a terceros como la libertad del testador.

3.3. *El comisario tendrá libre albedrío dentro de los límites marcados, de modo que no podrá modificar disposiciones irrevocables del causante pero sí tomar decisiones sobre cuestiones no previstas por el comitente.* Efectivamente, conforme al art. 33.1 LDCV, el comisario no podrá modificar “el propio poder sucesorio bajo ningún concepto” expresión distinta del art. 37 Ley 3/1992 (“El comisario no podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte,

<sup>180</sup> OÑATE CUADROS, Fco. Javier. “Abran paso a la libertad civil (II)”, obra cit., pp. 17.

<sup>181</sup> LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 379.

<sup>182</sup> Cfr. art. 1280-5° CC. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 146 y ss. aun admitiendo que la forma pública del negocio de apoderamiento no es “ad solemnitatem”, advierte que casi es lo mismo pues, afirma con toda la lógica que el apoderado no podrá probar de otro modo su condición de tal ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa y podrán desconocerla. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Vol. 2. Bosch, Barcelona, 1977. ISBN 84-7294-103-5, pp. 401: “Sería sumamente difícil en innumerables ocasiones probar la exclusión de determinadas facultades —que no se pensó conceder—, de una declaración que correctamente interpretada las abarcaría todas; cosa que se evita exigiendo la mención particular, con lo que queda fuera de duda y de polémica, que la voluntad se encamina también a ellas in concreto”.

a menos que éste le hubiere autorizado expresamente para ello”) de lo que deduzco<sup>183</sup>, al contrario que ASÚA<sup>184</sup>, que el comisario sí puede revocar el testamento del comitente o el testamento preventivo, salvo que éste se lo prohíba. Que la autora se salte la literalidad del precepto sólo se entiende bajo el prisma de que niega que estemos en presencia de un poder testatorio. Efectivamente, el art. 17 Compilación y el art. 37 Ley 3/1992 eran interpretados por CELAYA<sup>185</sup> en el sentido que lo que no puede hacer en ningún caso el comisario es revocar el testamento del comitente en todo o en parte salvo autorización especial del testador le autorice para esta revocación, pues según GIMENO<sup>186</sup> este precepto se limitarse a preservar el contenido de la voluntad del testador, mediante la aplicabilidad del principio general de irrevocabilidad de las disposiciones del causante una vez fallecido éste. Por lo tanto, entiendo que el actual art. 33.1 LDCV formula mejor lo que antes regulaban los art. 35 y 37 Ley 3/1992, sobre la subsidiariedad, la prevalencia de la voluntad del causante y, en su defecto, que el comisario tiene todas las facultades de ordenar la sucesión de aquél. Así, el comisario podrá revocar cualquiera de las disposiciones sucesorias del causante (art. 18), a salvo que éste puede haber otorgado disposiciones en principio irrevocables (testamento mancomunado, pacto sucesorio, donación). Nótese que el testamento preventivo queda igualmente revocado, mejor dicho, no llega a tener efecto, cuando el comisario ejecuta su cometido. Igualmente el poder testatorio otorgado con posterioridad a otro del

<sup>183</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. “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. 73.

<sup>184</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 373.

<sup>185</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *El Testamento por Comisario*, obra cit., pp. 780.

<sup>186</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 165.

causante revoca éste (art. 737 y 739 CC); pero no lo revoca si ha sido otorgado en capitulaciones matrimoniales o escritura pública (art. 31, ap. 2 y 3 y art. 101.1 LDCV) y sin embargo es clara la voluntad del causante de que sea el comisario quien ordene su sucesión, luego el testamento anterior no tiene sentido. En consecuencia las disposiciones testamentarias otorgadas a la vez que el poder testatorio quedarían bajo el canon de irrevocabilidad del art. 33.1 LDCV; también sería irrevocable el nombramiento de albaceas y contadores partidores (art. 36.2 LDCV) y la revocación del testamento preventivo sólo sería válida en la medida en que no suponga llamamientos condicionales (art. 32.3 LDCV).

3.4. *En el ámbito objetivo porque da la respuesta afirmativa a la autoinvestidura/autocontrato lo que permite, dentro de ciertos límites, el art. 35 LDCV.* En una fiducia se daría la autoatribución en estado puro: por mi propia decisión me apropio de un patrimonio ajeno cuyo deber de custodia me corresponde bajo la confianza encomendada que en principio repugna la autoentrada. El apoderado no tiene estos pruritos conceptuales y podrá hacer todo lo que no le esté prohibido como tal.

3.5. No hay duda (art. 30 y 31.1 LDCV) que el comisario puede usar de los tres grandes grupos de facultades de ordenar la sucesión: a) Nombrar herederos; b) imponer sustituciones, condiciones o carga; c) distribuir la herencia y d) señalar y pagar legítimas, mientras que al fiduciario se le niegan las dos primeras. Si el fiduciario sólo puede actuar no vulnerando el *personalismo material* sujetándose a ciertos límites como la elección *in incertum de certis*, es un mero distribuidor (art. 670 CC) dejando a algunos más y a algunos menos, su labor casa mal, al menos por pruritos técnicos, con las facultades de desheredación, declaración de indignidad o remisión de las mismas. No obstante, la figura del apartamiento (art. 48, 58 y 59 LDCV) ciertamente facilita la facultad distributiva del fiduciario.

#### 4. En el ámbito formal

La claridad de los instrumentos para el ejercicio del poder testatorio, tipificados en el ordenamiento jurídico: testamento, donación, pacto sucesorio, etc., en vez de crear nuevos títulos formales consecuencia del irresistible mecanicismo. GIL RODRÍGUEZ<sup>187</sup>, es, de entre los partidarios de la fiducia manifiesta con mayor claridad que el fiduciario sólo podrá servirse de su testamento para ejecutar la fiducia en la modalidad *mortis causa*, por razón de “la ineptitud de los pactos y de los capítulos matrimoniales, propiamente dichos, para canalizar la atribución instantánea y unilateral de la que pende la consumación del tracto sucesorio del causante”. En la misma línea, ASÚA<sup>188</sup> parece abierta a admitir dicho negocio pues, en el ejercicio del poder testatorio, defiende la existencia de un acto unilateral inter vivos atípico de transferencia de la propiedad de los bienes a título de sucesión que no sería la donación ni pacto sucesorio y que está en el texto del art. 43.1 LDCV (art. 46 Ley 3/1992). También IMAZ<sup>189</sup>, además de por este argumento, porque tal donación más que propiamente un pacto sucesorio bilateral es un acto unilateral que debería plasmarse simplemente en escritura pública e invoca al efecto el art. 170 Ley 3/1992. Es una solución ingeniosa pero oculta que la razón de la bilateralidad está en la vinculación de la voluntad, pero no la del comisario como apunta dicha autora, sino precisamente la del causante, la representación. A la vista de los art. 609 CC, art. 2 LH y 8 RH asusta pensar en títulos traslativos innominados ni en Derecho civil común, ni Foral o Especial, derivada de tal tesis unilateral.

<sup>187</sup> GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., ed. 2016, obra cit., pp. 993.

<sup>188</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.

<sup>189</sup> 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. 327 y 328.

## 5. En la ejecución del encargo

5.1. *La delación de la herencia en el momento del ejercicio del poder testatorio* (art. 17.2 LDCV). Los autores pro fiducia entienden, como explica CARBALLO FIDALGO<sup>190</sup>, que en la concepción histórica de la institución, la disposición otorgada por el comisario integra el testamento del muerto, por tanto retrotrae sus efectos a la apertura de su sucesión y es, por tal razón, eficaz e irrevocable desde su otorgamiento. Y como consecuencia de lo mismo, que la fiducia permite como ventaja que el llamamiento tenga lugar al tiempo de ser ejercitada. Pero esto no es así en todas las fiducias. De hecho la norma general es la inversa. Así los efectos de la delación se retrotraen a la fecha de la muerte del causante en Ibiza y Formentera (art. 71 CDCBaleares) para CARDONA/LLODRÁ<sup>191</sup>, DÍAZ TEJEIRO<sup>192</sup> (art. 244.1º LDCGalicia). También lo entiende para el art. 831 CC la mayoría de la Doctrina<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> CARBALLO FIDALGO, Marta. “La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego”, obra cit., pp. 2 y 17. En el mismo sentido de retroacción a la muerte del causante bajo la Ley 3/1992 GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 182.

<sup>191</sup> CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. “Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 853.

<sup>192</sup> DÍAZ TEJEIRO, Carlos María. *El sistema legitimario de Galicia* (Tesis doctoral). Recuperado de [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/19567/DiazTeijeiro\\_CarlosM\\_TD\\_2017.pdf](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/19567/DiazTeijeiro_CarlosM_TD_2017.pdf), pp. 93 y 142.

<sup>193</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. “El artículo 831 del Código civil”, obra cit., pp. 1139 y 1141. GARCÍA RUBIO, Mª Paz. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, obra cit. pp., 76 y 83. MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Ángel. “El artículo 831 y el “el favor viduitatis”. En Oscar Monje Balmaseda (coord.), Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell y José-Ángel Torres Lana (dir.). *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. 1. Civitas, Madrid, 2014. ISBN 978-84-9085-182-1, pp. 1002. ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Delegación fiduciaria de la fa-

Además no es exacto acerca del poder testatorio. No lo es históricamente, pues el origen de la prohibición, ínsito a la naturaleza del poder sucesorio, es la Ley 35 de Toro, que estableció la irrevocabilidad de la ordenación efectuada por el comisario, lo cuál, como explica CASTÁN<sup>194</sup> con cita de la STS de 31-03-1876, se debe al principio de que el testador puede mutar su voluntad hasta la muerte no es aplicable a su comisario, a no ser que conste que se le han concedido para que éste use de ellas una y otra vez (la irrevocabilidad del testamento una vez fallecido el testador<sup>195</sup>). Y no lo es jurídicamente pues siempre se ha considerado que la delación se producía con la elección por el comisario, momento en que los llamados deberían ser capaces al efecto. Y entre tanto se organiza una administración interina a cargo, generalmente, del propio comisario.

La delación y la adquisición sucesoria: El fundamental es la delación sucesoria en ese momento a favor de los beneficiarios, ex art. 17.2 LDCV a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento<sup>196</sup>. La consecuencia

---

cultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, obra cit., pp. 4297.

<sup>194</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, sucesiones, obra cit., pp. 83.

<sup>195</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 165.

<sup>196</sup> URRUTIA 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. 344. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. “Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)”. En Andres 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. 222. FDEZ. DE BILBAO, Jesús. “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de*

de tal llamamiento y aceptación no será la posesión civilísima desde el tiempo de la muerte del causante (art. 440 y 989 CC). MARTÍNEZ-CORTÉS<sup>197</sup> entiende que en la sucesión ordenada por el fiduciario los efectos de la sucesión no puede retrotraerse a dicho momento, porque en ese instante no existe vocación sucesoria, por lo que hay que retrotraerlos al momento de la ejecución de la fiducia, solución que es la acogida por el art. 17.2 LDCV al decir que “Si el fallecido otorga poder testatorio, la sucesión, respecto a los bienes a que alcance dicho poder, se abrirá en el momento en que el comisario haga uso del poder, o se extinga el mismo por cualquiera de las causas enumeradas en esta ley”.

Estamos de acuerdo con dicha posición, sustentada para la LDCV por IRIARTE<sup>198</sup>, que no por GALICIA<sup>199</sup>, quien entiende que sólo se retrasa la delación y mientras tanto hay mera yacencia hereditaria. Parte dicho autor de la comparativa con el “nasciturus” y los llamamientos hereditarios bajo condición suspensiva, pero no es el caso. En mi opinión, tal autor,

---

*Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 74. Cita la STS, Sala 1ª, de 17-04-1990. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 205, sobre el similar art. 448.1 CDF Aragón: “el legislador ha seguido el criterio defendido por la doctrina aragonesa que también seguían las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de diciembre de 1973 y 13 de abril de 1984 al decir que el momento de la delación de la herencia es aquel en el que ésta se ejecuta”.

<sup>197</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 208.

<sup>198</sup> IRIARTE DE ÁNGEL, Borja. “Título II. De las sucesiones. Disposiciones preliminares (artículos 17 a 22)”. 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 Dickinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 45.

<sup>199</sup> GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. “Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”. 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. 301.

parte de perjuicio de la repudiación del fenómeno de la sucesión por comisario como representativa del causante y amolda a tal percepción la conclusión que tratamos. Es decir, si el fiduciario obra en nombre propio por cuenta del causante, los efectos sucesorios se retrotraen a la muerte de éste porque el testamento que contiene el poder testatorio es un negocio completo y perfecto (LACRUZ<sup>200</sup>) pendiente sólo de un mero modo de su cumplimiento que el testador autoriza a elegir a un tercero en un limitado abanico esencialmente señalado.

Además, si partimos de que la sucesión por comisario tiene un alcance representativo, es lógico que la adquisición hereditaria tenga lugar con el ejercicio o frustración del poder testatorio, conforme a la literalidad del art. 37.1 LDCV (“Mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal”). Lo que, además, es más coherente con que la herencia está poseída de facto y jurídicamente, pendiente el ejercicio del poder testatorio, sin duda por el *alkar poderoso* como usufructuario que es (art. 41.3 LDCV)<sup>201</sup>. Lo que, en definitiva, constituye una salvaguardia más del sucesor, que será res-

<sup>200</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 711.

<sup>201</sup> Siguiendo a PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles. “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”. En M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso y (dir.) y Judith Solé (coor). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2274; desde el fallecimiento de un cónyuge sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo viudal. Se trata de una posesión civilísima, atribuida por la ley, sin necesidad de aprehensión material por parte del viudo, no obstante lo cual, para hacer efectiva la posesión, el viudo dispone tres cauces: a) frente a los poseedores sin título (precario), la acción de desahucio (juicio verbal, art. 250.1.2<sup>o</sup> LEC; b) si los bienes no están poseídos por el tercero a título de dueño o de usufructuario, puede ejercitarse el interdicto de adquirir (aplicando por analogía al viudo el art. 250.1.3<sup>o</sup> LEC; c) si hay quien posee a título de dueño, la acción real confesoria en juicio declarativo. En similar sentido, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 157.

ponsable de las deudas hereditarias (art. 19 y 21 LDCV) pero no de lo ocurrido durante la vigencia del poder, de ahí que el comisario sea un cargo responsable<sup>202</sup> y debe rendir cuentas como gestor que es (art. 1724 CC)<sup>203</sup> razón por la que el causante le puede imponer garantías al comisario (art. 37.1 LDCV), y es responsable de tal gestión e incluso puede tener responsabilidad concursal (art. 164.2.4 y 172 Ley Concursal<sup>204</sup>). No obstante, a propósito del albaceazgo y el art. 907 del C.c., la STS, Sala 1ª, de 07-01-1942 dice que tal precepto no establece “precisamente que los albaceas han de rendir cuentas, sino que deberán dar cuenta de su encargo a los herederos, y la jurisprudencia tiene declarado (Sentencia de 4 de enero de 1911) que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo”. El dar cuenta, pues, y como señala LACRUZ, se entiende aquí como simple informe<sup>205</sup>.

5.2. *La irrevocabilidad de los actos de ejecución propia del poder testatorio grava menos las legítimas*<sup>206</sup> que la siempre abierta fiducia en la que se

<sup>202</sup> SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 3ª, de 01-12-2015 parecen apuntar a que no cabe removerle del cargo por incumplimiento de sus deberes (cfr. art. 910 CC), y la última sí alude a su posible responsabilidad.

<sup>203</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Introducción y parte general*. Vol. 2º, obra cit., pp. 424, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “La representación en el negocio privado”, obra cit., pp. 124. LACRUZ BERDEJO, José Luis. En José Luis Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*. I. Parte General del Derecho Civil. Vol 3º. obra cit., pp. 321.

<sup>204</sup> MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*. Marcial Pons, Madrid, 1996. ISBN 84-7248-381-9, pp. 367.

<sup>205</sup> FDEZ. DE BILBAO, Jesús. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 167 y 188. Cfr. STS, Sala 1ª, de 07-01-1959. LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 774.

<sup>206</sup> Es obvio cualquier retraso en la designación de sucesor supone un gravamen sobre la legítima difícilmente justificable según GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco-Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la*

puede revocar una y otra vez, pues el fiduciario testa en su propio nombre. El sentido de la LDCV es no dilatar el ejercicio de su función (cfr. art. 32.3 LDCV), sólo justificada por garantizar la congrua existencia del comisario viudo.

## 6. En cuanto a la extinción

6.1. *En términos generales, la extinción del poder no se presume, y sí su subsistencia*<sup>207</sup>, lo que es coherente con la “repesca” permitida en el art. 44 “in fine” LDCV, de modo que, pese a la general irrevocabilidad de las disposiciones del comisario, éste podrá reiterarse el llamamiento si la disposición resulta nula o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptarla en el plazo de un año desde que conozca de forma fehaciente estos hechos. Si la fiducia es el ejercicio de facultades dispositivas en patrimonio ajeno por ejercicio en nombre propio, el bien reingresado en el caudal relicto del causante tras una frustrada ejecución de la misma no se sabe a ciencia cierta qué destino tendrá, si se reintegra en la masa hereditaria o se abre la sucesión intestada.

6.2. *Pone fin a la discusión de si el poder testatorio otorgado a favor del cónyuge en pacto sucesorio o capitulaciones, aunque se le de carácter irrevocable, es extinguido aun así por la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues*

---

*Reforma de 1992*, obra cit., pp. 176. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián. “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”, obra cit., pp. 126. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374, y FDEZ. DE BILBAO, Manual práctico de Derecho Civil Vasco, obra cit., pp. 173.

<sup>207</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*, obra cit., pp. 392. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, Introducción y parte general, vol. 2, obra cit., pp. 859. Díez-PICAZO. *La representación en el negocio privado*, obra cit., pp. 303. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol 3º, obra cit. pp. 321.

permite la aplicación del art. 102.2° CC. Y ello de manera natural, sin acudir a la forzada analogía que hace la Doctrina para aplicárselo al art. 831 CC<sup>208</sup>.

6.3. La inexistencia de accesoriedad respecto del negocio causal del poder y, por tanto el poder no se extingue a la vez que la relación subyacente<sup>209</sup>, pues no hay negocio causal, sino pura confianza. Igualmente se excluyen la aplicación de causas de extinción por analogía con otras figuras como el albacea<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones*. Tecnos, Madrid, 1990. ISBN 84-309-1740-3, pp. 463, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN, “El artículo 831 del Código civil”, obra cit., pp. 1124; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit. pp. 456; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra citada, pp. 239. MARTÍNEZ SANCHÍZ, JOSÉ-ÁNGEL. “El artículo 831 y el ‘el favor viduitatis’”, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, obra cit., pp. 979; RUEDA ESTEBAN, JOSÉ LUIS. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 286 y 287; RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. ISBN 978-8413-367-47-7. pp. 1609. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *La mejora*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003. ISBN 84-95240-82-3, pp. 68 y 69 y ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. “El otorgamiento de la facultad de mejorar”. En *Revista de derecho privado*, n° 89, Mes 1, 2005. ISSN 0034-7922., pp. 7, incluso adelanta los efectos a la pendencia del proceso de nulidad, separación conforme a la revocación de poderes del art. 102 CC.

<sup>209</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, vol. 3°, obra cit. pp. 321.

<sup>210</sup> SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004.

## V. LA ESENCIA DEL CARGO DE COMISARIO-VIUDO ES LA MISMA QUE LA DEL COMISARIO ORDINARIO

### 1. Los primeros intentos de asimilación del cónyuge comisario al usufructo poderoso

Se observa desde el último cuarto del siglo XX una tendencia de ciertos autores a distinguir la figura del comisario básico de la del comisario viudo o *alkar poderoso*.

Comenzó LEZÓN<sup>211</sup> afirmando en 1946 que “En efecto, la población rural de Vizcaya ve en el viudo comisario un usufructuario poderoso, universal, sin limitación facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración, que suele ser indefinida por prórroga”. De la misma manera, GARCÍA ROYO<sup>212</sup>: “Es una constante raramente excepcionada en la tierra llana de Vizcaya la que se manifiesta en el viudo como usufructuario poderoso universal, sin limitación de las facultades en extensión ni en duración que suele ser indefinida por expresa prórroga”. El testigo fue recogido y ampliado por CELAYA cuando en 1972<sup>213</sup> invierte los términos y convierte el poder testatorio como accesorio del usufructo del viudo “Puede decirse que aquí se plantea el problema crucial de los poderes testatorios. No es sólo una cuestión técnica, sino también sociológica y filosófico-jurídica que exige precisar la naturaleza exacta de la institución. Si el comisario no es sino un delegado para testar, es claro que ha de someterse a la formación de inventario y que de *algún* modo ha de proveerse a la administración de los bienes. Pero si es algo más, porque entendemos que

<sup>211</sup> LEZÓN NOVOA, Manuel Ricardo. *Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1946, nº 216, pp. 301.

<sup>212</sup> GARCÍA ROYO, Luis. *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, tomo II. Editorial S. Católica, Vitoria, 1952, pp. 295.

<sup>213</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 776.

ha sido elegido para que disfrute de todos los bienes como usufructuario poderoso, con facultades de disposición, no tendrá que hacer relación de bienes ni rendir cuentas y será, mientras viva, el titular y pleno señor de todo el caudal. Esta parece la solución más acorde con la tradición...”.

Efectivamente, tal fue la opción elegida por el art. 95 del Proyecto de Apéndice de 1900 (“Hecha la adjudicación de bienes cesará la comunicación, no obstante lo cual los padres tendrán en los bienes adjudicados a los hijos el usufructo y la administración, con arreglo al Código civil”), lo cual desbordaba ampliamente el usufructo de la mitad de la herencia tanto el legitimario (art. 43), como el aparejado al testamento mancomunado (art. 22). En idénticos términos el Proyecto de 1928. Sin embargo, el art. 47 de la Compilación de 1959, reduce tal derecho a “Artículo 47. Cuando el matrimonio se disuelva con hijos, la comunicación foral continuará entre el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, hasta la división y adjudicación de los bienes comunicados. Los padres tendrán el usufructo y administración de los bienes adjudicados a sus hijos menores con arreglo al Código Civil”. Es decir, se vuelve al *usufructo adventicio* del Fuero Real y las Partidas y se otorga con carácter meramente transitorio, sujeto al mismo plazo legal que el del ejercicio del poder testatorio, con el carácter asimismo de administrador y representante del patrimonio (art. 48), obviamente como protección de los hijos quienes han de ser alimentado por el comisario cónyuge y padre. En el fondo esta idea del *usufructo adventicio* sigue latente dentro del usufructo vitalicio otorgado al *alkar poderoso*.

No obstante estamos con la crítica posterior de GIMENO<sup>214</sup> “5. Aún hay otra postura, por dicha razón: la de los que tratan de explicar la

<sup>214</sup> GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Francisco Javier. “Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

figura del comisario como la de un usufructuario universal, y el poder testatorio como el acto constitutivo de dicho usufructo. Pero (...) aunque una de las funciones fundamentales del poder testatorio ha sido la de atribuir al cónyuge viudo el usufructo universal (...) es preciso distinguir entre el comisario cónyuge-viudo, como figura considerablemente reforzada que ostenta –cuando nos hallamos ante un poderoso– la titularidad interina de la herencia, integrada por las facultades de administración y representación de la misma y por la cualidad de usufructuario con facultad de disposición (aunque ésta limitada, como veremos) y el comisario extraño, que es un simple delegado para testar”.

Efectivamente, la posición de CELAYA en 1972 es un exceso romanístico apartado del texto, tanto del Fuero de 1506 como de la Compilación, pues la cita exacta de LEZÓN<sup>215</sup> en que se inspira entonces hace referencia a una mera práctica de concesión accesoria del usufructo (“Vicario y Jado, en sus respectivas obras sobre Derecho privado vizcaíno, señalan como usual y corriente en los contratos de capitulaciones que se celebran en esta provincia la siguiente cláusula de autorización recíproca: «... para que el viudo comisario, mientras no disponga de los bienes, los administre y usufructúe...”»). También JADO y MERINO HERNÁNDEZ<sup>216</sup>

<sup>215</sup> LEZÓN NOVOA, Manuel Ricardo. *Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero*, obra cit., pp. 301:“(1) Vicario y Jado, en sus respectivas obras sobre Derecho privado vizcaíno, señalan como usual y corriente en los contratos de capitulaciones que se celebran en esta provincia la siguiente cláusula de autorización recíproca: «... para que el viudo comisario, mientras no disponga de los bienes, los administre y usufructúe, reclame y perciba créditos y formalice las escrituras, documentos, cartas de pago y resguardos conducentes; pues para todo lo expresado con lo incidente, dependiente y accesorio se autorizan (los futuros contrayentes) del modo más amplio y eficaz en fuero y derecho, con prorrogación del término foral a voluntad del supérstite, aprobando y ratificando desde luego cuanto a su virtud determinase el comisario o comisaria, cual si por ambos fuese ejecutado de consuno»”.

<sup>216</sup> JADO (DE) Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*. Imprenta Casa de Misericordia, Bilbao 1923. Versión facsímil en colección clásicos Derecho Vasco, AVD/ZEA,

demuestran que tradicionalmente en Bizkaia, como dice el primer autor citado “El comisario, bien sea que el testador poderdante haya dejado descendientes, o solo parientes colaterales –y también, aunque no lo dice, cuando los sucesores fuesen ascendientes, ya que existe la misma razón– tiene la más amplia facultad para hacer la institución y nombramiento de heredero o herederos, y como según el Fuero no hay legitimas propiamente dichas podrá elegir podrá elegir a uno de los –sucesores, separando a los demás con la legítima foral, y podrá instituirlos por partes iguales, o dejando a ‘unos más que’ a otros”.

## 2. La Ley 3/1992 el comisario viudo y el “usufructo poderoso”

De hecho posteriormente CELAYA<sup>217</sup> acepta la tesis de GIMENO y reconoce que la reforma de la Ley 3/1992 pretendió convertir al comisario-viudo en un usufructo poderoso consagrando la práctica habitual anterior pero sin desnaturalizar el apoderamiento: “El poder testatorio es formalmente una delegación para testar, pero en el fondo se trata de conceder al viudo una situación de privilegio, por la que no solamente hace suya la mitad de los bienes comunicados, sino que administra y usufructúa la otra mitad (...) Esta situación es la que se conoce como usufructo poderoso (...) La interpretación de las leyes del Fuero fue, no obstante, demasiado conceptual en Vizcaya (...) no acertó a desarrollar el usufructo poderoso. La nueva Ley de Derecho foral pretende interpretar más fielmente la costumbre foral (...) Hay que puntualizar que este significado del poder testatorio como usufructo poderoso solamente lo posee cuando el poder se otorga a favor de1 cónyuge”.

---

2004. ISBN: 84-7752-383-5, pp. 267. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 35.

<sup>217</sup> CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 127. CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XXVI, obra cit., pp. 164.

Así es<sup>218</sup>, la posibilidad de usufructuar el caudal hereditario, sólo se concede por ministerio de la ley al viudo bajo la Ley 3/1992 mediando el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes (art. 105). Fuera de dicho supuesto el usufructo universal sólo recae en el comisario viudo por expresa voluntad del causante (art. 61), lo que asimismo puede tener lugar independientemente de su designación como comisario. Este es, por tanto, el primer intento legalmente reconocido, más allá de la fase de proyecto legislativo, de dar al comisario el usufructo del patrimonio hereditario, con independencia del régimen económico matrimonial, como lo demuestra el hecho de que la D.T.3ª Ley 3/1992<sup>219</sup> (también la D.Tª.4ª LDCV) concediese al comisario viudo en los poderes sucesorios otorgados antes de la entrada en vigor de la misma (07-11-1992) el usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder, o sea un usufructo universal, con independencia del régimen económico matrimonial.

### 3. El comisario viudo y el “usufructo poderoso” bajo la LDCV

*3.1. Planteamiento de la cuestión.* Dispone el art. 41.3 LDCV “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”.

URRUTIA ha recogido recientemente la tesis de CELAYA y describe este usufructo ligado al comisario viudo como “una figura mixta que combina facultades de delegación para instituir y disponer patrimonialmente y facultades de carácter legal de las que la propia ley inviste (tutela, ali-

---

<sup>218</sup> FDEZ. DE BILBAO, Jesús. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 485.

<sup>219</sup> Cfr. STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 17-09-1996.

mentos...); y concluye dicho autor que el *alkar poderoso* no es usufructo legitimario estándar (art. 57 LDCV) sino uno de nuevo cuño un *status* especial que constituye “la constatación del estatus especial que otorga al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho el Derecho civil vasco a lo largo de su historia y se constituye en un auténtico derecho de viudedad a favor del mismo que enlaza directamente con la tradición civil vasca y su orientación cara al mantenimiento del patrimonio familiar”<sup>220</sup>.

Es decir, está equiparando el *status* del *alkar poderoso* al Derecho de Viudedad del Derecho Foral de Aragón y al Usufructo de viudedad de Navarra, lo que, como explica el preámbulo de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como en el Código Civil, sino es propio del derecho de familia. ¿Es esto así?

3.2. *Balance comparativo*: Ciertamente la situación del comisario viudo es similar a los usufructos viduales aragonés y navarro, pero también hay significativas diferencias:

3.2.1. *Similitudes*: a) Ser inherentes al matrimonio<sup>221</sup> (o pareja de hecho inscrita), con el objeto de proteger al viudo, manteniendo su autoridad en la familia de forma que se consiguiera afianzar su unidad

<sup>220</sup> URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>o</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. 343.

<sup>221</sup> Para Aragón, BELLOD FDEZ. DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. ISBN 84-8456-504-1, pp. 314. Para Navarra, CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”. En *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, n<sup>o</sup> 40, 2005, pp. 78.

y permanencia<sup>222</sup>, juntamente con la fiducia sucesoria<sup>223</sup>. b) Carácter personalísimo e intransferible (art. 36.1 LDCV / art. 290.2 CDF Aragón<sup>224</sup> / ley 253 CDCFN Navarra<sup>225</sup>). c) No son conmutables (ley 256 CDCFN Navarra). d) El contenido básico del derecho usufructuario de percibir frutos e intereses art. 293 a 298 CDF Aragón<sup>226</sup> / leyes 414 y 415 CDCFN Navarra<sup>227</sup> / art. 41.3 LDCV, inclusive usufructos especiales de dinero, acciones y de fondos de inversión (art. 299 y 300 CDF Aragón / ley 258 CDCFN Navarra/art. 53.3 LDCV<sup>228</sup>). e) El régimen de gastos y

<sup>222</sup> Bajo la normativa de Aragón: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”. En *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 311. En Derecho de Navarra: CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, obra cit., pp. 78.

<sup>223</sup> Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 311.

<sup>224</sup> BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 315 y 327.

<sup>225</sup> TORRES LANA, José Ángel. “El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa”. *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, N° 37, 2004, pp. 15.

<sup>226</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles. “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”. En M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso y Judith Solé (coord.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2282.

<sup>227</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja superviviente 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, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2354.

<sup>228</sup> En este caso la normativa imitada ha sido la catalana como reconoce URRUTIA BADIOLA, Andrés M<sup>a</sup>. “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas” texto de su comparecencia ante el Parlamento Vasco, comentando el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral

mejoras (art. 294-1 CDF Aragón / ley 415 CDCFN Navarra), reparaciones extraordinarias (art. 295 CDF Aragón / ley 414 CDCFN Navarra), tributos y seguros (art. 293 a 298 CDF Aragón / leyes 414 y 415 CDCFN Navarra) por comparación con los art. 21.1.c) y 43.3 LDCV. f) La obligación del usufructuario de pagar los alimentos del causante (art. 38 LDCV / art. 298 CDF Aragón / ley 259.3 CDCFN Navarra). g) Las causas de extinción son similares, vinculadas a la subsistencia del vínculo matrimonial o pareja de hecho, sin separación. Sin embargo en Aragón y Navarra fiducia y usufructo son instituciones independientes que pueden renunciarse o aceptarse por separado. El comisario viudo no puede renunciar al cargo y retener el usufructo inherente al mismo (art. 45.5 LDCV). h) Es dudoso que el usufructo propio del comisario viudo arrastre su posesión civilísima, desde la muerte del causante (art. 45.5. LDCV). Al contrario, es muy claro en los usufructos de viudedad aragonesa y navarra<sup>229</sup>.

3.2.2. Diferencias: a) Naturaleza meramente matrimonial del derecho de viudedad aragonesa. De la naturaleza familiar o matrimonial se deduciría<sup>230</sup> que el llamamiento al viudo no es a título de heredero,

---

Vasco de la AVD/ZEA de 2007, en *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISBN: 84-8968919-9 “Boletín Extraordinario IV Año V –Nº Extraordinario IV– Bilbao, junio 2007, pp. 181.

<sup>229</sup> Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 327. Tal es la opinión de PARRA LUCÁN, Mª Ángeles en “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit. pp. 2274. Para Navarra, EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 2356.

<sup>230</sup> Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 314. BAYOD LÓPEZ, Carmen en “15. La viudedad”, en *Manual de Derecho civil aragonesa*, obra cit., pp. 461.

ni de legatario, ni de legitimario y en consecuencia, su derecho, por su carácter legal y familiar, se antepone a los acreedores del causante y a los herederos de aquél. En consecuencia el derecho de viudedad se concede en aquellos matrimonios que se regulen por la ley aragonesa independientemente del régimen económico matrimonial que regule los efectos económicos del mismo (art. 9.2 CC<sup>231</sup>). En Navarra no está tan clara. Hay autores que opinan es un derecho matrimonial no sucesorio<sup>232</sup> y otros que es meramente sucesorio<sup>233</sup>. Esta última percepción determina su aplicación conforme a la vecindad civil del causante conforme al art. 9.8 CC. b) Origen legal de los usufructos viuales aragonés<sup>234</sup> y navarro<sup>235</sup> frente al usufructo voluntario ligado al comisario viudo. Los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo en la LDCV son otro tipo de usufructo parcial y un adicional derecho de habitación (art. 57 y 58 LDCV). c) los usufructos de viudedad

<sup>231</sup> Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, obra cit., pp. 320.

<sup>232</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. “Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 436-437, Septiembre-Octubre 1964, pp. 572.

<sup>233</sup> CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”. En *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, nº 40, 2005, pp. 79, 82 y 85: entiende que se trata de un derecho meramente sucesorio por tres argumentos perfectamente transplantables a la LDCV, la ubicación de su regulación dentro del régimen sucesorio, que siendo sucesorio permite asimilar a la pareja estable, que no es matrimonial, como beneficiario de la atribución, y que ésta nace con la muerte del causante.

<sup>234</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles. “Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 2274.

<sup>235</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 2355.

aragonés y navarra son renunciables anticipadamente<sup>236</sup>, mientras el cargo de comisario sólo puede ser aceptado o renunciado tras fallecer el causante (art. 45.5 LDCV). d) el deber del usufructuario de formar inventario dispensable conforme al art. 285 CDF Aragón<sup>237</sup> y ley 257 CDCFN Navarra<sup>238</sup> y no lo es para el comisario conforme a la LDCV<sup>239</sup>. e) Una diferencia esencial entre la LDCV y las normativas aragonesa y navarra es que el comisario viudo usufructuario puede enajenar los bienes hereditarios por habilitación legal (art. 43.3 LDCV) mientras que en Navarra se precisa autorización del causante (ley 264 CDCFN Navarra) y en Aragón el concurso de usufructuario y nudo propietario (art. 290.2 CDF Aragón).

<sup>236</sup> BAYOD LÓPEZ, Carmen en “15. La viudedad”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 460. CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, obra cit., pp. 99.

<sup>237</sup> BAYOD LÓPEZ, Carmen en “15. La viudedad”. En “15. La viudedad”. En, Jesús Delgado Echeverría (dir.) y M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (coord.). *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1, pp. 488.

<sup>238</sup> CALDUCH GARGALLO, Manuel. “El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, obra cit., pp. 109. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. “Capítulo 54. Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los jos de anterior matrimonio en Navarra y derechos sucesorios de la pareja supérstite 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, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2366.

<sup>239</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371. 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. 446 y 447. SAP de Bizkaia, sec. 5<sup>a</sup>, de 02-05-2018 o la Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 5 de Getxo. Es curiosa la SAP de Bizkaia, sec. 4<sup>a</sup>, de 29-06-2018 pues va a la contra del sentido general diciendo que la Ley 3/1992 no otorgaba acción para obligar.

#### 4. Conclusión

Con independencia de que no hay tradición vasca alguna de conceder derechos a la pareja de hecho antes del año 2003, sí es cierto que se pretende el fortalecimiento del viudo y el mantenimiento del patrimonio familiar por esta vía, pero no como un derecho autónomo, mucho menos principal respecto del poder testatorio, sino sujeto al mismo, esto es, en palabras de ANGOITIA<sup>240</sup> “el usufructo poderoso no puede concebirse como una titularidad de disfrute estática, otorgada para procurar al usufructuario el uso y disfrute de los bienes con independencia de su posterior suerte, sino que se articula como el instrumento más adecuado - para otros, la propiedad *ad tempus* a fin de allegar dichos bienes a sus destinatarios, desde la perspectiva de la mejor conservación, mantenimiento, uso, actualización y fortalecimiento del patrimonio en tránsito”.

Se deduce de las siguientes características del *alkar poderoso* que no es sino un poder para testar anudado solidariamente a un usufructo universal que, sí se ha aproximado casi en su totalidad al *usufructo poderoso* ayalés, como instrumento sucesorio, no como un fin en sí mismo:

4.1. *Origen sucesorio y no familiar del comisario viudo usufructuario.* Como dice ASÚA<sup>241</sup> el usufructo sobre el caudal hereditario refuerza la posición del cónyuge viudo sin embargo, en el Derecho vasco puede ser designada comisario cualquier persona y cabe realizarse la ordenación por tercero aunque no existan legitimarios y más allá de todo grupo familiar. Posibilidad que permite canalizar muy diferentes situaciones e intereses.

Además, dicha interpretación del origen matrimonial y no familiar del usufructo poderoso puede dar lugar a problemas con los puntos de con-

<sup>240</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.

<sup>241</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. “Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 364.

ción interregional pues falta en el Código civil la habilitación normativa que el art. 16.2 CC concede al usufructo viudal aragonés que permita enervar el art. 9.8 CC y no consideramos suficiente la D.Tª. 7ª, pfo. 2º. Entiendo que este usufructo nace con carácter sucesorio y como un plus otorgado al comisario viudo, los dos contenidos de usufructo y delegación sucesoria son separables y el primero tiene una relación de servicio del segundo de manera convergente con el usufructo poderoso ayalés, eso es, en palabras de ANGOITIA<sup>242</sup> “la condición de mero usufructuario de los bienes, o si no será más correcto entender que el usufructo de los bienes no es sino el título correlativo a la propiedad ad tempus que el fiduciario ostenta para legitimar su posesión de los bienes en el tránsito de éstos hacia el fideicomisario (...) Por ello, el usufructo poderoso no puede concebirse como una titularidad de disfrute estática, otorgada para procurar al usufructuario el uso y disfrute de los bienes con independencia de su posterior suerte, sino que se articula como el instrumento más adecuado - para otros, la propiedad ad tempus a fin de allegar dichos bienes a sus destinatarios, desde la perspectiva de la mejor conservación, mantenimiento, uso, actualización y fortalecimiento del patrimonio en tránsito”.

4.2. *El origen voluntario y no legal del comisario viudo usufructuario.* El propio art. 41.3 LDCV aclara que el viudo puede ser nombrado comisario o no, y siendo investido comisario puede no ser beneficiado con el carácter de usufructuario universal.

El *alkar poderoso* se configura por tanto como un contenido natural del poder testatorio otorgado al cónyuge viudo cuyas facultades por defecto serían<sup>243</sup>: a) irrevocabilidad al instituirse contractualmente (art.

<sup>242</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.

<sup>243</sup> FDEZ. 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*, obra cit., pp. 70 y 72.

31.2 LDCV); b) administrador nato de la herencia (art. 37.2 LDCV); c) duración indefinida (art. 41.1 LDCV); d) usufructuario nato (art. 41.3 y D.T.4<sup>a</sup> LDCV); e) facultades dispositivas del patrimonio hereditario (art. 43.4 y 5 LDCV) y e) incluso liquidador del mismo (art. 43.3 LDCV).

Pero ello no desdibuja que es sobre todo un delegado para testar, pues, a los efectos que nos ocupan, hemos de recordar que siendo la voluntad del causante la ley fundamental de la sucesión por comisario (art. 46 LDCV), puede enervar ese plus del comisario viudo y, de hecho, así lo prevén expresamente los art. 41.3 LDCV (“El cónyuge (...) comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario...”).

Si analizamos el art. 41.3 del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Vasco de 2000 y lo comparamos con el art. 41.3 LDCV llegamos a la misma conclusión, pues aquél condicionaba el usufructo universal a que el cargo de comisario sea indefinido o por toda la vida del mismo, mientras que la regulación vigente se lo da en todo caso, sea el cargo vitalicio o indefinido o no y añade que no se extingue por el uso del mismo.

*4.3. Carácter habitual pero no exclusivo del comisario viudo.* Al revés, cabría que el causante instituyera a un comisario que no fuere su viudo o pareja de hecho con todas las potestades propias del *alkar poderoso* (art. 46 LDCV).

*4.4. El cargo de comisario sólo puede ser aceptado o renunciado tras fallecer el causante* (art. 45.5 LDCV).

*4.5. El deber del comisario de formar inventario no es dispensable* lo que lo aleja del usufructo (art. 491 CC), pues no se trata de conservar la forma y la substancia inventariadas (art. 467 CC) sino establecer el caudal hereditario (art. 17.1, 19 y 34 LDCV) del que “debe dar cuenta a los presuntos sucesores”.

*4.6. El comisario viudo usufructuario puede enajenar los bienes hereditarios por habilitación legal* (art. 43.3 LDCV) lo que nuevamente lo aleja del usu-

fructo (art. 467 CC) y pone el acento en la ordenación sucesoria pues dicho art. 43.3 LDCV no es sino una reproducción del art. 453 CDFARagón e igualmente similar al art. 424-4.2 CCCataluña, que regulan la facultad dispositiva de los fiduciarios, no de los usufructuarios.