# LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO.

Tesis preparada por Jesús-Javier Fernández de Bilbao y Paz.

Dedicado al Maestro Andrés-María Urrutia Badiola quien me dio la oportunidad de empezar ser publicado en este maravilloso mundo del Derecho.

Y mi agradecimiento a Óscar Monje Balmaseda, mi Director de Tesis, siempre atento a los detalles, siempre atento a las personas.

# ÍNDICE:

**ÍNDICE:** ..... 3
**ABREVIATURAS:** ..... 17
**INTRODUCCIÓN**. ..... 20
**I. SOBRE EL OBJETO DE LA PRESENTE TESIS**. ..... 21
**II. OBJETIVOS CONCRETOS DE LA PRESENTE TESIS**. ..... 22
1. Objetivo principal. ..... 22
2. Objetivos específicos. ..... 22
*2.1. Compilar información existente y ordenarla.* ..... 22
*2.2. Plantear una pregunta y su posible respuesta (hipótesis) que me dirijo a explicar* ..... 23
*2.3. Las hipótesis o posibles respuestas que yo formulo para responder una pregunta deben ser verificadas/falsadas* ..... 23
*2.4. Proposición, en su caso, de una posible línea de reforma de la normativa que supere las deficiencias observables.* ..... 23
**III. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO**. ..... 23
1. Antecedentes. ..... 23
2. Orientación de la tesis. ..... 24
*2.1. Marco teórico original.* ..... 25
*2.2. Marco teórico actual.* ..... 25
**IV. MÉTODO CIENTÍFICO**. ..... 26
1. Identificación y descripción de un problema de interpretación de una o varias normas. ..... 26
2. Presentación de soluciones alternativas y opción y justificación de una solución posible. ..... 26
3. Método. ..... 26
**V. AVANCE DE LA ESTRUCTURA**. ..... 27
1. Introducción histórica a la sucesión por comisario en el Derecho Civil Vasco. ..... 27
2. Tipología de la delegación de la ordenación sucesoria, clases y naturaleza jurídica. ..... 27
3. La delegación de la ordenación de la sucesión en Derecho comparado español. ..... 27
4. Análisis de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV. ..... 27
5. Conclusiones. ..... 27
**VI. HIPÓTESIS DE PARTIDA**. ..... 27
**CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA**. ..... 29
**I. PREFACIO**. ..... 30
**II. EL DERECHO CIVIL DE CASTILLA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL**. ..... 35
1. La extensión de la sucesión por comisario en la Europa occidental durante la Alta Edad Media. ..... 35
2. El Fuero Real (1254-1255 ó 1293) vs. Las Partidas (1256-1265) y la sucesión por comisario. ..... 36
*2.1. Planteamiento de la cuestión.* ..... 36
*2.2. Consecuente ámbito de aplicación de la sucesión por comisario.* ..... 40
3. El Ordenamiento de Alcalá de 1348 y la sucesión por comisario. ..... 43
4. Las Leyes de Toro de 1505 y la sucesión por comisario. ..... 44
*4.1. Licitud y naturaleza.* ..... 45
*4.2. Requisitos subjetivos.* ..... 46
*4.3. Requisitos objetivos.* ..... 47
*4.4. Requisitos formales.* ..... 47

*4.5. Efectos.* ..... 47
*4.6. Extinción.* ..... 48
5. La Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805. ..... 48
**III. El CÓDIGO CIVIL**. ..... 49
**IV. ÁLAVA**. ..... 50
1. La preponderancia del Derecho de Castilla. ..... 50
2. Las comarcas alavesas con Derecho civil propio. ..... 50
3. El Fuero (civil) de Ayala. ..... 51
*3.1. El Fuero de Ayala y el usufructo poderoso desde la Baja Edad Media a la Compilación de 1959.* ..... 52
*3.2. El Fuero de Ayala y el usufructo poderoso en la Compilación de 1959.* ..... 53
*3.3. El Fuero de Ayala y el Usufructo poderoso en la Ley 3/1992.* ..... 55
**V. GIPUZKOA**. ..... 56
1. Derecho civil de Gipuzkoa en la Edad Media. ..... 56
2. El Derecho civil de Gipuzkoa en la Edad Moderna. ..... 56
3. El Derecho civil de Gipuzkoa desde la Edad Contemporánea hasta la Ley 3/1992 y la sucesión por comisario. ..... 58
4. El Derecho civil de Gipuzkoa en la Ley 3/1992. ..... 60
5. El Derecho civil de Gipuzkoa en la Ley 3/1999 y la sucesión por comisario. ..... 62
*5.1. Licitud.* ..... 63
*5.2. Naturaleza.* ..... 63
*5.3. Requisitos subjetivos.* ..... 63
*5.4. Requisitos objetivos.* ..... 63
*5.5. Requisitos formales.* ..... 64
*5.6. Efectos de la sucesión por comisario pendiente su ejercicio.* ..... 64
*5.7. El ejercicio de la sucesión por comisario.* ..... 64
*5.8. Extinción de la sucesión por comisario.* ..... 64
**VI. BIZKAIA**. ..... 65
1. Cuestión previa sobre la delimitación territorial. ..... 65
2. El "Fuero consuetudinario". ..... 65
3. Los fueros escritos. ..... 67
*3.1. El Fuero de la Merindad de Durango.* ..... 67
*3.2. El Fuero de Uso y Costumbres por el que se gobernaban Las Encartaciones.* 67
*3.3. El Fuero Viejo de 1452.* ..... 68
*3.4. El Fuero de las Encartaciones de 1503.* ..... 71
*3.5. El Fuero Nuevo de 1526.* ..... 71
4. Los diferentes proyectos anteriores a la Compilación: el Proyecto de Apéndice de 1900 y el Proyecto de Apéndice de 1928. ..... 78
*4.1. El proyecto de apéndice de 1900 y la sucesión por comisario* ..... 79
*4.2. El Proyecto de Apéndice de 1928 y la sucesión por comisario.* ..... 83
5. La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959 y la sucesión por comisario. ..... 85
*5.1. Licitud.* ..... 85
*5.2. Naturaleza.* ..... 86
*5.3. Requisitos subjetivos.* ..... 86
*5.4. Requisitos objetivos.* ..... 87
*5.5. Requisitos formales.* ..... 87
*5.6. Efectos hasta la ejecución del poder.* ..... 87
*5.7. Ejecución.* ..... 87
*5.8. Extinción.* ..... 88

**VII. LA LEY 3/1992, DE 1 DE JULIO, DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO**. ..... 88
**VIII. LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO DE DERECHO CIVIL VASCO**. ..... 90
1. Aportación de Dª. Pilar Zubiarrain. ..... 90
2. Aportación de la asociación Babeztu Bizitza. ..... 90
3. Aportación de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea..... 91
*3.1. Naturaleza.* ..... 92
*3.2. Requisitos subjetivos*..... 92
*3.3. Requisitos objetivos.* ..... 92
*3.4. Requisitos formales*..... 92
*3.5. Efectos pendiente la ejecución.* ..... 92
*3.6. Ejecución.* ..... 92
*3.7. Extinción.*..... 93
4. Aportación de la Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbide Akademia. ..... 93
*4.1. El primer anteproyecto de Ley de Derecho civil vasco de 2001.* ..... 93
*4.2. El segundo anteproyecto de Ley Civil Vasca de 2007*..... 94
*4.3. La propuesta de Ley Civil Vasca de 2012.* ..... 95
**CAPITULO SEGUNDO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA**. ..... 97
**I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO**. ..... 98
1. Concepto amplio. ..... 98
*1.1. La clasificación de LAVANDERA Y BLANCO* ..... 98
*1.2. La categorización de la STS de 30-10-1944 (CASTÁN TOBEÑAS).* ..... 99
*1.3. Las modalidades concurrentes para VALLET DE GOYTISOLO.* ..... 100
*1.4. La tipificación de CÁMARA LAPUENTE.* ..... 100
*1.5. Las diferentes especies según RIVAS MARTÍNEZ.* ..... 101
2. Concepto reducido. ..... 102
3. Concepto actual y estricto. ¿Subsistencia actual del vero poder testatorio o reducción a mera fiducia sucesoria? ..... 102
*3.1. Planteamiento.* ..... 102
*3.2. Situación actual.* ..... 104
**II. DIFERENTES TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA**. ..... 107
1. Sistemas fundados sobre la analogía. ..... 108
*1.1. El delegado para testar como simple portavoz o "nuntius" de la voluntad del testador.* ..... 108
*1.2. El delegado para testar como mandatario "post mortem"*..... 108
*1.3. El delegado para testar como ejecutor (albacea/contador-partidor) con facultades extraordinarias.*..... 110
*1.4. El delegado para testar como oficio de derecho privado.* ..... 111
2. Sistemas que tienen por base la idea de la representación..... 113
3. Sistemas fundados sobre la consideración del delegado como un heredero o sucesor más o menos pleno gravado con una carga. ..... 114
*3.1. El heredero distribuidor en Mallorca y Menorca.* ..... 115
*3.2. El heredero de confianza en Cataluña y Navarra.*..... 115
*3.3. ¿Es el usufructuario poderoso sujeto al Fuero de Ayala un heredero fiduciario con carga de retransmisión de los bienes?* ..... 116

4. Sistemas fundados en los diferentes grados en la formación de la voluntad del testador..... 117
*4.1. Teoría del "negocio per relationem".* ..... 118
*4.2. El comisario como arbitrador.* ..... 119
*4.3. La teoría de la voluntad integradora.* ..... 120
5. Sistemas de dislocación del poder de disposición mortis causa. ..... 122
*5.1. El fiduciario como titular de un poder de disposición mortis causa sobre un patrimonio ajeno.* ..... 122
*5.2. Teoría de la subrogación en la posicición del causante.* ..... 124
*5.3. Teoría de la "sustitución legal".* ..... 125
**III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN LA LDCV.** ..... 126
1. La sucesión por comisario como poder para testar..... 126
2. La sucesión por comisario como fiducia sucesoria. ..... 127
3. Balance de la situación. ..... 129
**IV. VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA TIPIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO COMO PODER TESTATORIO.** ..... 133
1. Desde el punto de vista de su naturaleza. ..... 133
*1.1. El poder sólo habilita pero no obliga al representante, para actuar.* ..... 133
*1.2. La innecesariedad de la relación causal.* ..... 134
*1.3. La imposibilidad de fiscalizar la ejecución de su encargo por el comisario.* . 134
2. Desde el punto de vista subjetivo. ..... 134
*2.1. Menos conflictos móviles interregionales e intertemporales.* ..... 134
*2.2. Menos problemas de capacidad del comisario.* ..... 136
*2.3. Menos problemas de legitimación del comisario.* ..... 136
*2.4. Aún menos problemas de legitimación del comisario.* ..... 136
*2.5. Menos problemas de legitimación de los sucesores.* ..... 137
*2.6. Aún menos problemas de legitimación de los sucesores.* ..... 137
3. En el ámbito objetivo. ..... 137
*3.1. En general, la fiducia es un "mandato especial".* ..... 137
*3.2. La interpretación de las facultades de la delegación será más segura consecuencia de su consideración como un poder, por lo las mismas que han de constar por escrito.* ..... 137
*3.3. Poderes implícitos.* ..... 138
*3.4. En el ámbito objetivo da la respuesta afirmativa a la autoadjudicación y al autocontrato por el comisario.* ..... 138
*3.5. Despeja a favor de que el comisario ordena la sucesión del causante con la misma libertad de éste mismo.* ..... 138
4. En el ámbito formal. ..... 138
5. En la ejecución del encargo. ..... 139
*5.1. La delación de la herencia en el momento del ejercicio del poder testatorio.* 139
*5.2. La irrevocabilidad de los actos de ejecución propia del poder testatorio grava menos las legítimas como regla general.* ..... 140
6. En cuanto a la extinción..... 140
*6.1. En términos generales, la extinción del poder no se presume.* ..... 140
*6.2. Se revoca el poder testatorio otorgado al cónyuge viudo si se demanda la nulidad, separación o divorcio.* ..... 141
*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.* ..... 141

**V. LA ESENCIA DEL CARGO DE COMISARIO-VIUDO ES LA MISMA QUE LA DEL COMISARIO ORDINARIO**..... 142
1. Los primeros intentos de asimilación del cónyuge comisario al "usufructo poderoso"..... 142
2. La Ley 3/1992, el comisario viudo y equiparación a un "usufructo poderoso"..... 143
3. La LDCV, el comisario viudo y equiparación a un "usufructo poderoso"..... 144
*3.1. Planteamiento de la cuestión.*..... 144
*3.2. Balance comparativo.*..... 145
4. Conclusión. ..... 147
*4.1. Origen sucesorio y no familiar del comisario viudo usufructuario* ..... 148
*4.2. El origen voluntario y no legal del comisario viudo usufructuario.* ..... 148
*4.3. Carácter habitual pero no exclusivo del comisario viudo*..... 149
*4.4. El cargo de comisario sólo puede ser aceptado o renunciado tras fallecer el causante.* ..... 149
*4.5. El deber del comisario de formar inventario no es dispensable.* ..... 149
*4.6. El comisario viudo usufructuario puede enajenar los bienes hereditarios por habilitación legal.*..... 149
**CAPÍTULO TERCERO. DERECHO CIVIL INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO**. ..... 150
**I. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL ARAGONÉS**..... 151
1. Antecedentes y regulación actual. ..... 151
2. Concepto, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres de la fiducia sucesoria de Aragón..... 152
*2.1. Concepto de la fiducia sucesoria de Aragón.*..... 152
*2.2. Naturaleza jurídica*..... 153
*2.3. Diferencia de la fiducia sucesoria de Aragón respecto de figuras afines.*..... 154
*2.4. Caracteres de la fiducia sucesoria de Aragón.* ..... 156
3. Clases de fiducia sucesoria en la normativa de Aragón. ..... 157
*3.1. Fiducia básica.* ..... 157
*3.2. Fiduciario viudo.* ..... 158
4. Requisitos de la fiducia sucesoria de Aragón. ..... 159
*4.1. Requisitos subjetivos*..... 159
*4.2. Requisitos objetivos* ..... 162
*4.3. Requisitos formales*..... 163
5. Efectos, pendiente la ejecución de la de la fiducia sucesoria de Aragón. ..... 164
*5.1. Pendencia de ejercicio de la fiducia y meras expectativas de los sucesores presuntos.*..... 165
*5.2. Inventario*..... 165
*5.3. Administración y representación.*..... 165
*5.4. Actos de disposición.* ..... 167
*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* ..... 168
6. Ordenación de la sucesión por el fiduciario en Aragón..... 169
*6.1. Requisitos*..... 169
*6.2. Efectos de la ejecución.* ..... 170
*6.3. Ineficacia de la ejecución y "repesca".* ..... 171
7. Extinción de la fiducia sucesoria de Aragón. ..... 171
*7.1. Pérdida de la condición de fiduciario (art .462 CDFAragón).*..... 171
*7.2. Extinción de la fiducia (art. 463 CDFAragón)*..... 174
*7.3. Efectos de la extinción.*..... 175

**II. EL USUFRUCTO PODEROSO EN EL VALLE DE AYALA**. ..... 177
1. Concepto de usufructo poderoso. ..... 177
2. Naturaleza jurídica del usufructo poderoso. ..... 177
3. Diferencias y similitudes del usufructo poderoso con el poder testatorio. ..... 179
*3.1. Puntos de semejanza del usufructo poderoso con el poder testatorio.* ..... 179
*3.2. Puntos de divergencia del usufructo poderoso con el poder testatorio.* ..... 179
4. Caracteres del usufructo poderoso. ..... 180
*4.1. Supone la constitución de un derecho real en cosa ajena, un usufructo universal sobre la herencia del instituyente.* ..... 180
*4.2. Subsidiariedad o sujeción a la voluntad del causante.* ..... 181
*4.3. Es un cargo personalísimo e intransmisible.* ..... 181
*4.4. Es un cargo gratuito.* ..... 182
*4.5. Es un cargo voluntario.* ..... 182
*4.7. Es un cargo por plazo indeterminado o indefinido* ..... 182
*4.8. Es un cargo responsable.* ..... 182
*4.9. Los sucesores del constituyente están en situación de mera expectativa.* ..... 183
5. Requisitos para la constitución del usufructo poderoso. ..... 183
*5.1. Requisitos subjetivos del usufructo poderoso.* ..... 183
*5.2. Requisitos objetivos del usufructo poderoso.* ..... 187
*5.3. Requisitos formales del usufructo poderoso.* ..... 191
6. Efectos del usufructo podroso pendiente la ordenación sucesoria. ..... 191
*6.1. El inventario de bienes y fianza.* ..... 192
*6.2. Administración y representación de la herencia.* ..... 192
*6.3. El usufructo del caudal hereditario, posesión, uso y disfrute* ..... 193
*6.4. Usufructuario poderoso y sociedad conyugal.* ..... 194
*6.5. Facultades de disposición del usufructuario sobre los bienes usufructuados.* 195
*6.6. ¿Tiene el usufructuario poderoso obligación de prestar alimentos a los hijos y descendientes del constituyente?* ..... 197
7. Ejercicio de la ordenación sucesoria mediante usufructo poderoso. ..... 197
*7.1. Requisitos de la ordenación sucesoria mediante usufructo poderoso.* ..... 197
*7.2. Efectos de la ordenación sucesoria mediante usufructo poderoso.* ..... 198
8. Extinción del usufructo poderoso. ..... 199
*8.1. Causas de extinción del usufructo poderoso.* ..... 199
*8.2. Efectos de la extinción del usufructo poderoso.* ..... 202
**III. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE BALEARES. MALLORCA Y MENORCA**. ..... 203
1. Antecedentes y regulación actual del heredero distribuidor. ..... 203
2. Concepto, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres del heredero distribuidor. ..... 204
*2.1. Concepto de heredero distribuidor.* ..... 204
*2.2. Naturaleza jurídica del heredero distribuidor.* ..... 205
*2.3. Diferencias del heredero distribuidor con figuras afines.* ..... 206
*2.4. Caracteres del heredero distribuidor.* ..... 207
3. Clases de heredero distribuidor. ..... 209
*3.1. Heredero distribuidor nombrado heredero universal con obligación de disponer.* ..... 209
*3.2. Heredero distribuidor nombrado heredero usufructuario universal o de una parte con facultad de disponer (elegir o distribuir).* ..... 209
*3.3. Legatario del usufructo universal nombrado distribuidor.* ..... 210
4. Requisitos del heredero distribuidor. ..... 210

*4.1. Requisitos subjetivos*..... 210
*4.2. Requisitos objetivos.* ..... 213
*4.3. Requisitos formales*..... 215
5. Efectos pendiente la ordenación de la sucesión por el heredero distribuidor. ..... 216
*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.*..... 216
*5.2. Formación de inventario.* ..... 216
*5.3. Administración y representación*..... 217
*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* ..... 218
6. Ordenación de la sucesión por el heredero distribuidor. ..... 219
*6.1. Requisitos*..... 219
*6.2. Efectos de la ordenación de la sucesión por el heredero distribuidor.*..... 220
*6.3. Ineficacia de la ejecución y "repesca".* ..... 221
7. Extinción de la ordenación de la sucesión por heredero distribuidor. ..... 222
*7.1. Causas.* ..... 222
*7.2. Efectos de la extinción.*..... 223
**IV. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE BALEARES. IBIZA Y FORMENTERA**..... 225
1. Antecedentes y regulación actual. ..... 225
2. Concepto de fiduciario, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres..... 225
*2.1. Concepto.*..... 225
*2.2. Naturaleza del fiduciario.*..... 226
*2.3. Diferencia del fiduciario respecto de figuras afines.* ..... 226
*2.4. Caracteres.* ..... 227
3. Clases de fiducia. ..... 228
4. Requisitos. ..... 229
*4.1. Requisitos subjetivos*..... 229
*4.2. Requisitos objetivos.* ..... 232
*4.3. Requisitos formales*..... 233
5. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por el fiduciario. ..... 233
*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.*..... 233
*5.2. Inventario*..... 234
*5.3. Administración y representación*..... 234
*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* ..... 235
6. Ejecución de la fiducia. ..... 236
*6.1. Requisitos de la ejecución.* ..... 236
*6.2. Efectos de la ejecución.* ..... 237
*6.3. Ineficacia de la ejecución.* ..... 237
7. Extinción de la fiducia. ..... 237
*7.1. Causas de extinción.* ..... 237
*7.2. Efectos de la extinción.*..... 239
**V. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA**..... 241
1. Antecedentes y regulación actual. ..... 241
2. Diferencia de figuras afines. ..... 242
3. Clases de delegación sucesoria en Cataluña. ..... 243
*3.1. La institución de heredero por fiduciario*..... 243
*3.2. El heredero de confianza.* ..... 244
*3.3. El fideicomiso de elección.* ..... 244
4. La institución de heredero por fiduciario. ..... 245
*4.1. Concepto de fiducia.* ..... 245

*4.2. Naturaleza jurídica de la fiducia.* ... 245
*4.3. Caracteres de la fiducia.* ... 245
*4.4. Clases de fiducia sucesoria en la regulación de Cataluña.* ... 247
*4.5. Requisitos de la fiducia.* ... 248
*4.6. Efectos pendientes la ejecución de la fiducia.* ... 253
*4.7. Ordenación de la sucesión por el fiduciario.* ... 255
*4.9. Extinción de la fiducia.* ... 256
5. El heredero de confianza sujeto a la regulación de Cataluña. ... 258
*5.1. Concepto de heredero de confianza.* ... 258
*5.2. Naturaleza jurídica de la herencia de confianza.* ... 259
*5.3. Clases.* ... 259
*5.4. Caracteres del heredero de confianza.* ... 259
*5.5. Requisitos del heredero de confianza.* ... 262
*5.6. Efectos pendientes la ejecución.* ... 265
*5.7. Ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* ... 266
*5.8. Extinción de la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* ... 268
6. El fideicomiso de elección y de distribución en Cataluña. ... 270
*6.1. Concepto de fideicomiso de elección y de distribución.* ... 270
*6.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso de elección y de distribución.* ... 270
*6.3. Clases de fideicomiso de elección y de distribución.* ... 270
*6.4. Requisitos del fideicomiso de elección y de distribución.* ... 271
*6.5. Efectos del fideicomiso de elección y de distribución pendiente la ejecución.* 271
*6.6. Ejecución del fideicomiso de elección y de distribución* ... 272
*6.7. Extinción del fideicomiso de elección y de distribución.* ... 272
**VI. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE GALICIA.** ... 273
1. Antecedentes y regulación actual. ... 273
2. Concepto, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres del comisario sujeto a la regulación de Galicia. ... 274
*2.1. Concepto de la sucesión por comisario.* ... 274
*2.2. Naturaleza jurídica de la sucesión por comisario.* ... 274
*2.3. Diferencia de la sucesión por comisario con figuras afines.* ... 276
*2.4. Caracteres de la sucesión por comisario.* ... 277
3. Clases de sucesión por comisario. ... 278
*3.1. Comisario ordinario.* ... 279
*3.2. Comisario usufructuario universal.* ... 279
4. Requisitos de la ordenación de la sucesión por comisario. ... 280
*4.1. Requisitos subjetivos.* ... 280
*4.2. Requisitos objetivos.* ... 281
*4.3. Requisitos formales.* ... 286
5. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por comisario. ... 286
*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.* ... 286
*5.2. Formación de inventario.* ... 286
*5.3. Administración y representación.* ... 287
*5.4. Actos de disposición.* ... 288
*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal* ... 289
6. Ordenación de la sucesión por el comisario. ... 290
*6.1. Requisitos.* ... 290
*6.2. Efectos.* ... 292
*6.3. Posibilidad de repesca.* ... 293

7. Extinción de la ordenación de la sucesión por comisario. ..... 293
*7.1. Causas de extinción.* ..... 293
*7.2. Efectos de la extinción.* ..... 297
**VII. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE NAVARRA**. ..... 299
1. Antecedentes y regulación actual. ..... 299
2. Diferencia de figuras afines. ..... 301
*2.1. Los "Parientes Mayores" no son supuestos de ordenación de la sucesión por tercero.* ..... 301
*2.2. Las sustituciones pupilar y ejemplar tampoco son supuestos de ordenación de la sucesión por tercero.* ..... 302
3. Clases de delegación sucesoria en Navarra. ..... 302
*3.1. El fiduciario-comisario.* ..... 302
*3.2. El heredero de confianza.* ..... 303
*3.3. El poder "post mortem".* ..... 303
*3.4. El fideicomiso de elección.* ..... 303
4. Los fiduciarios-comisarios en la CDCFNavarra. ..... 304
*4.1. Concepto de fiduciario-comisario.* ..... 304
*4.2. Naturaleza jurídica del fiduciario-comisario.* ..... 305
*4.3. Caracteres del fiduciario-comisario.* ..... 306
*4.4. Clases de fiduciario-comisario:* ..... 307
*4.5. Requisitos de la ordenación de la sucesión por fiduciario-comisario.* ..... 308
*4.7. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por el fiduciario-comisario* 312
*4.8. Requisitos de la ordenación de la sucesión por el fiduciario-comisario.* ..... 315
*4.9. Extinción de la ordenación de la sucesión por el fiduciario-comisario.* ..... 316
5. Los herederos de confianza en la CDCFNavarra. ..... 319
*5.1. Concepto de heredero de confianza.* ..... 319
*5.2. Naturaleza jurídica del heredero de confianza.* ..... 320
*5.3. Caracteres del heredero de confianza.* ..... 321
*5.4. Clases de herederos de confianza.* ..... 324
*5.5. Requisitos de la ordenación de la sucesión mediante heredero de confianza.* 324
*5.6. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* ..... 326
*5.7. Ejecución de la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* ..... 327
*5.8. Extinción de la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* ..... 329
6. Los apoderados "post mortem" en la CDCFNavarra. ..... 329
*6.1. Concepto de apoderado "post mortem".* ..... 329
*6.2. Caracteres del apoderado "post mortem".* ..... 330
*6.3. Extinción del apoderado "post mortem".* ..... 330
7. El fideicomiso de elección en la CDCFNavarra. ..... 331
*7.1. Concepto de fideicomiso de elección.* ..... 331
*7.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso de elección.* ..... 331
*7.3. Requisitos del fideicomiso de elección.* ..... 332
*7.4. Efectos del fideicomiso de elección pendiente la ejecución.* ..... 333
*7.5. Ejecución del fideicomiso de elección.* ..... 333
*7.6. Extinción del fideicomiso de elección.* ..... 334
**VIII. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL COMÚN**. ..... 335
1. Antecedentes y regulación actual. ..... 335

2. Concepto de la fiducia "dispositiva-partitiva", naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres..... 338
*2.1. Concepto.*..... 338
*2.2. Naturaleza jurídica de la fiducia "dispositiva-partitiva".*..... 340
*2.3. Diferencia de la fiducia "dispositiva-partitiva" con figuras afines.*..... 341
*2.4. Caracteres de la fiducia "dispositiva-partitiva"*..... 347
3. Clases de fiducia "dispositiva-partitiva". ..... 350
*3.1. Fiducia conyugal vs. fiducia paternal.* ..... 350
*3.2. Fiducia de ordenación sucesoria vs. fiducia particional.* ..... 351
4. Requisitos de la fiducia "dispositiva-partitiva". ..... 351
*4.1. Requisitos subjetivos.*..... 351
*4.2. Requisitos objetivos.* ..... 355
*4.3. Requisitos formales.*..... 363
5. Efectos pendientes la ejecución de la fiducia "dispositiva-partitiva"..... 364
*5.2. Formación de inventario y usufructo del fiduciario viudo.*..... 364
*5.3. Administración y representación.* ..... 365
*5.4. Actos de disposición.* ..... 367
*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* ..... 368
6. Ejecución. ..... 370
*6.1. Requisitos de la ejecución.* ..... 370
*6.2. Efectos de la ejecución.* ..... 373
*6.3. Posibilidad de repesca.*..... 374
7. Extinción. ..... 374
*7.1. Causas de la extinción.*..... 374
*7.2. Efectos de la extinción.*..... 384
**CAPÍTULO CUARTO. REGULACIÓN POSITIVA DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN LA LDCV**. ..... 385
**I. CARACTERES DE LA INSTITUCIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO**. ..... 386
1. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante y libertad de criterio en lo demás del comisario. ..... 386
*1.1. La accesoriedad.*..... 387
*1.2. La sujeción a la voluntad del causante como norma de conducta del comisario.* ..... 387
*1.3. El respeto a las disposiciones en principio irrevocables otorgadas por el causante.* ..... 388
*1.4. El respeto a las mismas normas imperativas que vinculan al causante*..... 388
*1.5. Libertad en lo demás para que el comisario cumpla su función.*..... 389
2. Cargo revocable. ..... 390
*2.1. El poder otorgado en testamento unilateral es absolutamente revocable*..... 390
*2.2. El poder otorgado en testamento mancomunado es revocable antes del fallecimiento de uno de los otorgantes.* ..... 390
*2.3. ¿Es el poder otorgado en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales irrevocable?*..... 390
*2.4. ¿Se podría pactar el carácter irrevocable del poder sucesorio otorgado en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales?*..... 393
3. La existencia de meros "presuntos sucesores" entre la muerte del causante y cuando se hace uso del poder sucesorio. ..... 394
*3.1. El nacimiento de los efectos de la sucesión por comisario tiene lugar con la muerte del causante* ..... 394

*3.2. El efecto fundamental del ejercicio del poder testatorio es la delación sucesoria a favor de los beneficiarios a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento* ... 395
4. Cargo personalísimo e intransmisible. ... 398
*4.1. La imposibilidad de la subdelegación por el comisario de la facultad de ordenar la sucesión del causante.* ... 399
*4.2. Subdelegación por el comisario de la ejecución del testamento y de la partición de la herencia.* ... 400
*4.3. Subdelegación por el comisario de la administración y representación de la herencia.* ... 401
5. No existe prohibición de conflicto de intereses. ... 402
*5.1. El causante puede nombrar comisario a un sucesor.* ... 402
*5.2. Autoatribución de bienes por el comisario.* ... 402
*5.3. El comisario ¿heredero de confianza?* ... 405
*5.4. Autocontratación por el comisario.* ... 405
6. Cargo gratuito. ... 406
*6.1. La prohibición de remuneración del comisario.* ... 407
*6.2. La admisibilidad de liberalidades a favor del comisario.* ... 408
*6.3. Reembolso de gastos efectuados por el comisario y la indemnización de perjuicios por el mismo sufridos.* ... 408
7. Es un cargo voluntario y renunciable. ... 409
8. Cargo temporal. ... 410
*8.1. La concreción voluntaria o legal del plazo de ejercicio del poder y la imposibilidad de prórrogas ni solicitudes de acortamiento.* ... 411
*8.2. La extinción del poder testatorio por transcurso del plazo de caducidad.* ... 413
*8.3. Prevención de decisiones del comisario tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes.* ... 414
**II. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES** ... 414
1. Las sustituciones pupilar y ejemplar y la sucesión por comisario. ... 414
2. La sustitución fideicomisaria y la sucesión por comisario. ... 415
3. La donación-partición entre vivos otorgada mediante apoderado y la sucesión por comisario. ... 415
4. El pacto sucesorio otorgado mediante apoderado y la sucesión por comisario. ... 418
*4.1. Posición que niega totalmente la posibilidad de otorgar pacto sucesorio mediante representación voluntaria, acaso sólo mediante un mero emisario o "nuntius".* ... 419
*4.2. Tesis para la que cabe otorgamiento de pacto sucesorio a través de comisario foral.* ... 420
*4.3. Planteamiento según el cual cabe el otorgamiento de pactos sucesorios a través de poder testatorio y también por apoderado voluntario.* ... 420
5. La disposición/elección de los derechos del instituido por pacto sucesorio mortis causa muerto abintestato, que efectúa el instituyente entre los hijos y descendientes de aquél. ... 421
6. Las facultades del reservista de elegir reservatario. ... 423
**III. CLASES DE SUCESIONES POR COMISARIO** ... 426
1. El "alkar poderoso" o comisario viudo. ... 426
2. Caracteres del comisario viudo/pareja de hecho. ... 427
*2.1. Inalienabilidad e inembargabilidad.* ... 427
*2.2. Su inconmutablilidad* ... 427
*2.3. Su inescindibilidad* ... 427
*2.4. El alkar poderoso es el usufructuario natural de la herencia* ... 428

*2.5. Posesión de los bienes hereditarios por el comisario viudo/pareja de hecho desde la muerte del causante*..... 429
*2.6. Posibilidad de dar carácter irrevocable al cargo, caso de instituirse contractualmente*..... 429
*2.7. Administrador natural de la herencia*..... 429
*2.8. Duración natural indefinida o vitalicia*..... 429
*2.9. Facultades dispositivas o, al menos de administración dinámica del patrimonio hereditario*..... 429
**III. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO**..... 430
1. El causante..... 430
*1.1. Legitimación para ordenar la sucesión por comisario.*..... 430
*1.2. Capacidad para ordenar la sucesión por comisario.*..... 435
2. El comisario..... 441
*2.1. Legitimación para ser comisario*..... 441
*2.2. Capacidad para ser comisario.*..... 444
3. El sucesor..... 449
*3.1. Legitimación para suceder por comisario*..... 449
*3.2. Capacidad del sucesor por comisario.*..... 451
**V. REQUISITOS OBJETIVOS DE LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO**..... 454
1. Contenido no patrimonial de la sucesión por comisario..... 455
*1.1. La sustitución de las patrias potestades, tutelas y curatelas de los sucesores por la figura del comisario.*..... 455
*1.2. Nombramiento del comisario como apoderado preventivo curador o tutor.*..... 456
*1.3. Nombramiento de comisario y patrimonios protegidos.*..... 456
*1.4. Sobre la obligación del comisario de promover la constitución de tutelas y curatelas*..... 457
*1.5. Contenidos personalísimos del testamento no delegables.*..... 458
*1.6. Contenidos personalísimos del testamento sí delegables.*..... 459
*1.7. Contenidos patrimoniales no sucesorios delegables y no delegables.*..... 459
2. Contenido patrimonial del poder testatorio..... 459
*2.1. La facultad del comisario de designación de herederos y legatarios, tanto en bienes troncales como no troncales, muebles o inmuebles*..... 460
*2.2. La facultad del comisario de distribución de los bienes hereditarios.*..... 461
*2.3. La facultad del comisario de imponer al sucesor gravámenes, condiciones, sustituciones, etc.*..... 463
*2.4. La facultad del comisario de señalar y pagar legítimas.*..... 469
*2.5. La facultad del comisario de perdonar al indigno de suceder y de revocar la desheredación hecha por el causante.*..... 475
**VI. REQUISITOS FORMALES DE LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO**..... 476
1. El otorgamiento del poder testatorio..... 476
*1.1. El otorgamiento de poder testatorio puede hacerse siempre en testamento notarial, incluso mancomunado*..... 476
*1.2. Los cónyuges, pueden nombrarse comisarios, además, en escritura pública, sea de capitulaciones matrimoniales, sea de pacto sucesorio.*..... 477
*1.3. Otras escrituras públicas de otorgamiento de poder testatorio.*..... 477
2. Instrucciones del causante al comisario..... 479

**VII. EFECTOS DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO PENDIENTE EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO**. ..... 480
1. La suspensión de la delación sobre la herencia del causante y consecuente yacencia de la misma. ..... 480
2. La aceptación de su cargo por el comisario. ..... 480
3. Formación por el comisario del inventario de la herencia ..... 481
*3.1. Obligatoriedad de la formación de inventario.* ..... 481
*3.2. Caracteres del inventario que debe formar el comisario.* ..... 483
*3.3. Legitimación activa para pedir al comisario la formación de inventario.* ..... 483
*3.4. Legitimación pasiva para pedir la formación de inventario.* ..... 484
*3.5. Contenido. Inventario y avalúo.* ..... 484
*3.6. Forma del inventario.* ..... 485
*3.7. Plazo para formar inventario.* ..... 485
*3.8. Formación del inventario en forma específica.* ..... 485
*3.9. Impugnación del inventario del comisario.* ..... 486
4. Administración y representación de la herencia, pendiente el ejercicio del poder testatorio. ..... 486
*4.1. Administrador de la herencia vs. comisario.* ..... 487
*4.2. Facultades de administración ordinaria de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.* ..... 489
*4.3. Facultades de administración dinámica de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio* ..... 491
5. Disposición onerosa de bienes de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio. ..... 493
*5.1. Autorización al comisario no cónyuge o pareja de hecho para disponer.* ..... 494
*5.2. Disposición onerosa por el comisario de ciertos bienes hereditarios.* ..... 494
*5.3. ¿Es preciso el consentimiento del viudo no comisario para enajenar bienes de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio?* ..... 496
*5.4. ¿Es posible que el comisario enajene bienes de de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio sin autorización del causante?* ..... 496
*5.5. Aceptación de herencias a las que sea llamada la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.* ..... 497
6. Comisarios y sociedad conyugal. ..... 498
*6.1. El comisario no viudo deberá concurrir con el viudo no comisario para la liquidación de la sociedad conyugal, si bien no precisará la concurrencia de los sucesores presuntos.* ..... 498
*6.2. El comisario, aunque sea el viudo, no puede hacer la liquidación de la sociedad conyugal por sí y ante sí* ..... 498
*6.3. En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante éste y el cónyuge comisario podrán llevarla a cabo de consuno.* ..... 498
*6.4. El comisario-viudo igualmente, la podrá realizar con uno de los legitimarios mayor de edad y habiendo menores o incapaces, judicialmente* ..... 498
*6.5. A falta de acuerdo queda el recurso al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a instancias del comisario o del viudo* ..... 499
*6.6. La liquidación total de la sociedad conyugal para ejecutar el poder testatorio no es necesaria* ..... 499
**VIII. EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO**. ..... 500
1. Requisitos. ..... 500
*1.1. Requisitos subjetivos para ejercitar el poder testatorio* ..... 500
*1.2. Requisitos objetivos para ejercitar el poder testatorio.* ..... 501

*1.3. Requisitos formales para ejercitar el poder testatorio.* ..... 502
2. Efectos de la ejecución del poder testatorio. ..... 509
*2.1. La delación y la adquisición sucesoria consecuencia del ejercicio del poder testatorio. La cuestión de la posesión civilísima.* ..... 509
*2.2. La irrevocabilidad del llamamiento en ejercicio del poder testatorio.* ..... 511
*2.3. La subsistencia del usufructo del comisario viudo tras el ejercicio del poder testatorio.* ..... 512
3. Ineficacia de la ejecución y "repesca" ..... 514
**IX. EXTINCIÓN DEL PODER TESTATORIO**. ..... 514
1. Causas de extinción del poder testatorio. ..... 514
*1.1. Al expirar el plazo concedido para su ejercicio* ..... 515
*1.2. Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario* ..... 516
*1.3. En el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, después de otorgado el poder testatorio* ..... 518
*1.4. Cuando el cónyuge-comisario contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo el caso de que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario* ..... 521
*1.5. Por renuncia del comisario* ..... 523
*1.7. Por las causas previstas en el propio poder* ..... 526
*1.8. Por revocación por el causante* ..... 526
*1.9. Por extinción de la pareja de hecho, salvo que lo sea por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja* ..... 528
*1.10. Por consumación del poder* ..... 528
2. Efectos de la extinción. ..... 529
*2.1. Irretroactividad.* ..... 529
*2.2. Sustitución* ..... 529
*2.3. Delación* ..... 529
**CAPÍTULO QUINTO. CONCLUSIONES**. ..... 530
**BIBLIOGRAFÍA**. ..... 538

# ABREVIATURAS:

| | |
|---|---|
| AA | Autos |
| AAMN | Anales de la Academia Matritense del Notariado |
| AAN | Auto de la Audiencia Nacional |
| AAP | Auto de la Audiencia Provincial |
| AEAT | Agencia Estatal de la Administración Tributaria |
| AN | Audiencia Nacional |
| AP | Audiencia Provincial |
| ap. | Apartado/s |
| art. | Artículo/s |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| Aut. | Autor/autores |
| AVD/ZEA | Academia Vasca de Derecho/Zuzenbide Euskal Akademia |
| BO | Boletín Oficial |
| BOB | Boletín Oficial de Bizkaia |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BOPV | Boletín Oficial del País Vasco |
| BORME | Boletín Oficial del Registro Mercantil |
| cap. | Capítulo |
| CC | Código Civil |
| CCom | Código de Comercio |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| CDFAragón | Código de Derecho Foral de Aragón |
| CDCBaleares | Compilación de Derecho Civil de Baleares |
| CCCataluña | Código Civil de Cataluña |
| CDCFNavarra | Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra |
| Cfr. | Confróntese |
| CENDOJ | Centro de Documentación Judicial |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| cit. | Citado |
| Coord. | Coordinador |
| CP | Código Penal |
| D.Aª. | Disposición Adicional |
| Dir. | Director |
| D.Tª. | Disposición Transitoria |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| DGT | Dirección General de Tributos |
| EA | Estatuto de Autonomía |
| E.d.M. | Exposición de Motivos |
| Ed. | Editorial |
| ET | Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores |
| FranciscoJº. | Fundamento Jurídico |
| IAE | Impuesto sobre Actividades Económicas |

| | |
|---|---|
| IRPF | Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| IS | Impuesto sobre Sociedades |
| ITPAJD | Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Operaciones Societarias. |
| IRNR | Impuesto sobre la Renta de no Residentes |
| IVA | Impuesto sobre el Valor Añadido |
| LAU | Ley de Arrendamientos Urbano |
| LDCV | Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil del País Vasco |
| LDCGalicia | Ley de Derecho Civil de Galicia |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 |
| LEC 1881 | Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 |
| LIS | Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| Ley 3/1992 | Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco |
| Ley 3/1999 | Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco en lo relativo al Fuero de Gipuzkoa |
| LIRPF | Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| LITPAJD | Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. |
| LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa |
| LJV | Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria |
| LGT | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |
| LGSS | Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social |
| LH | Decreto de 8 de febrero de 1946, que aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria |
| LO | Ley Orgánica |
| LOCJ | Ley Orgánica 24987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción |
| LOPJ | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial |
| LOTC | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional |
| LAPACAP | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas |
| LPH | Ley 49/60, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal |
| LPL | Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, que prueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral |
| LRC | Ley del Registro Civil |
| LRJAP-PAC | Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| LSCapital | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. |
| LSProf | Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. |
| MF | Ministerio Fiscal |
| NIF | Número de identificación fiscal |
| núm./nº | número |
| P.ej. | Por ejemplo |
| Pfo. | Párrafo |
| RAEL | Real Academia Española de la Lengua Real Decreto |
| RD | Real Decreto |

| | |
|---|---|
| RDLeg | Real Decreto Legislativo |
| RDLey | Real Decreto Ley |
| RDGRN | Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado |
| RDGSJFP | Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública |
| RRC | Reglamento del Registro Civil |
| RRM | Reglamento del Registro Mercantil |
| RSBAP | Real Sociedad Bascongada de Amigos del País |
| RTEAF | Resolución del Tribunal Económico Administrativo Foral |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SAT | Sentencia de la Audiencia Territorial |
| sec. | Sección |
| ss. | Siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| t. | Tomo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| Tít. | Título |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TR | Texto Refundido |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| V. gr. | Verbi gratia |
| Vid. | Véase |
| Vol. | Volumen |
| Vs. | Versus |

# INTRODUCCIÓN.

## I. SOBRE EL OBJETO DE LA PRESENTE TESIS.

"*La muerte no es el final*"[1]. Desde luego no respecto de la transmisión por causa de muerte de la propiedad y demás derechos (cfr. art. 609 CC) que ya desde antiguo acababan pasando a ser de alguna persona, en última instancia el Fisco. Pero mientras los negocios *inter vivos* permiten su traslación del patrimonio del disponente al adquirente con mayor o menor grado de simultaneidad, el acto de atribución por causa de muerte supone necesariamente un lapso entre el negocio que ordena la atribución (por antonomasia el testamento) y la adquisición mediante la aceptación del beneficiario, aunque se recurra a ficciones como la retroactividad total en la posesión hasta la muerte del causante (cfr. art. 440 y 989 CC).

Y mientras en los negocios entre vivos es normal recurrir al fenómeno de la representación (p.ej. para abreviar o salvar el lapso entre dos partes distantes en el tiempo o en el espacio, o para ajustar la conveniencia en el *an* y en el *modus* del negocio a la situación final que pueda apreciar por ante sí el apoderado); la natural traslación de la misma institución a la sucesión *mortis causa* ha dado lugar a todo tipo de reparos. Reparos doctrinales pese a que unánimemente se reconoce en ocasiones la oportunidad de figuras que permitan una personalidad interpuesta entre el causante y el sucesor para que este no esté inicialmente concretado, sino posteriormente, bien para que el delegado para testar sea protegido (el progenitor-cónyuge), bien para que haya tiempo de resolver quién es el sucesor más apto para suceder en el patrimonio familiar.

Sin embargo, todos los Derechos civiles españoles, tanto los Derechos Forales o Especiales (Derecho civiles autonómicos hoy en día), como el Código civil, reconocen la posibilidad de delegar la ordenación hereditaria, por la histórica razón de que provienen de la regulación de economías agrarias familiares, minifundistas y de baja producción, me atrevería a decir que ligadas fundamentalmente a los Pirineos y su periferia, que hace necesario saber elegir el sucesor óptimo en dichas explotaciones.

La doctrina sistematiza de modo clásico la diferente tipología de dichas figuras agrupadas en torno a la denominación "fiducia testamentaria" acuñada por la STS de 30-10-1944, de la que fue ponente José Castán Tobeñas, que abarcan desde el *nuntius,* a la figura del mandato, pasando por la institución con carga o la concesión de amplias facultades a los ejecutores testamentarios. Sin embargo dichas figuras se contraponen en numerosos tratados a lo que propiamente es el poder testatorio o sucesión por comisario, o la posibilidad de, literalmente, otorgar testamento por otro, posibilidad que causa en ocasiones rechazo por razones de aquella dogmática jurídica que entiende que extinto el poder por la muerte del poderdante, es más apropiado configurar una institución donde el comisario actúa en nombre propio pero en representación de una masa patrimonial sin titular. Este prejuicio no se da en la jurisprudencia, que lo acepta con naturalidad.

Es punto de partida común e inevitable hacer referencia al carácter personalísimo, indelegable, de la ordenación de la sucesión en Derecho común español[2]

[1] Música y letra de Cesáreo Gabaráin Azurmendi.

[2] El Reglamento (UE) nº 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. Así

(art. 670 CC), lo cual, como veremos en otra parte de esta tesis no es tan radical como parece (cfr. art. 671, 831 y 1056 CC), pues la prohibición de la sucesión por comisario fue fruto de consideraciones teóricas en la órbita *ius romanista* y codificadora, aunque, sí es cierto, partía de un claro declive en la Nueva y en la Novísima Recopilación pero que claramente subsistió tras la entrada en vigor del Código civil, como demuestran sus D.Tª. 2ª y 12ª.

Además milita contra el poder testatorio el tradicional principio *mandatum morte dissolvitur* (el mandato se extingue por la muerte) que aparece formulado como un clásico en Derecho Romano[3], que ha pasado a casi todas las legislaciones inspiradas en el mismo y su lógico corolario es la prohibición o limitación de la figura de la sucesión por poder.

## II. OBJETIVOS CONCRETOS DE LA PRESENTE TESIS.

En este apartado trataré de exponer tanto el objetivo general como los específicos que se pretenden alcanzar. Es el momento de explicar cuál es la finalidad general y cuáles las finalidades específicas de esta investigación, lo que debe expresarse en conexión, una vez más, con el problema que se desea resolver.

### 1. Objetivo principal.

El análisis interpretativo de la sucesión por comisario en la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco –LDCV-, cómo no, según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Esencialmente, si con la LDCV pervive la facultad de que el testador delegue en un tercero la facultad de la ordenación de su sucesión, o no, o en qué medida.

### 2. Objetivos específicos.

Serían, pues, los resultados parciales de las investigaciones previas que conducen a la consecución del objetivo general. Al efecto he procedido a:

*2.1. Compilar información existente y ordenarla*. Recopilando la doctrina jurídica, legislación y jurisprudencia existente sobre el tema conforme al orden temático que luego veremos.

---

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. Y 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.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf.

[3] SÁNCHEZ COLLADO, María Elena. "La exclusión del principio mandatum morte dissolvitur en el derecho romano y en la tradición jurídica española", en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 39 Valparaíso, agosto 2017. ISSN 0716-5455.

*2.2. Plantear una pregunta y su posible respuesta (hipótesis) que me dirijo a explicar*. De esta forma, la hipótesis es la respuesta o posibles respuestas a una pregunta. El plan de investigación me exige una hipótesis, por lo que me orienta hacia trabajos de tipo explicativo, no meramente descriptivo.

*2.3. Las hipótesis o posibles respuestas que yo formulo para responder una pregunta deben ser verificadas/falsadas* con los datos que previamente he recopilado y procesado. En nuestro caso, estos datos los componen principalmente:

2.3.1. La jurisprudencia o doctrina jurisprudencial.

2.3.2. La legislación, entendida en sentido amplio.

2.3.3. La ciencia jurídica o doctrina científica o dogmática jurídica (trabajos realizados por quienes estudian la jurisprudencia y similares, la legislación en sentido amplio y la doctrina jurídica).

2.3.4. También se podrán tener en cuenta datos empíricos obtenidos y procesados mediante las metodologías apropiadas.

*2.4. Proposición, en su caso, de una posible línea de reforma de la normativa que supere las deficiencias observables.*

## III. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO.

### 1. Antecedentes.

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (LDCV) regula en la sección 4ª, del Capítulo I del Título I, la "sucesión por comisario" (art. 30 a 46, inclusive). Al contrario que en otras comunidades autónomas, estamos hablando de una institución acrisolada históricamente, al menos en Bizkaia, Llodio y Aramayona y en cierta medida en el ámbito del caserío guipuzcoano. El Usufructo poderoso de la Tierra de Ayala es un supuesto de delegación de la facultad de ordenar la sucesión que también se regula (art. 91 a 95 LDCV).

Al contrario que en otros territorios de Derecho Foral o Especial de España, en los que las instituciones de testamentificación por tercero fueron meramente consuetudinarias, en Bizkaia, sede nuclear de lo que en el siglo XXI será el Derecho Civil Vasco, podemos trazar su regulación escrita desde "el testamento fecho por poder" del *Fuero Viejo de 1452*, Capítulo CXXVII. De ahí pasó al *Fuero Nuevo de 1526*, ley III del Título XXI, en redacción que pervivió hasta la Compilación de 1959, luego se rigió por la Ley 3/1992 y por fin por la vigente LDCV.

Actualmente en el Derecho civil interregional español, la institución de la sucesión delegada pendula entre dos tipos de regulaciones, según que la habilitación legal concedida al causante al efecto sea amplia o limitada. Dentro de las legislaciones

que le dan amplia libertad tenemos al fiduciario en Aragón[4]; el fiduciario-comisario en Navarra[5]; la fiducia sucesoria en Cataluña[6] y la fiducia o cláusula de confianza en Ibiza y Formentera[7]. Dentro de las estrechas están el art. 831 CC, el comisario en Galicia[8] y el heredero distribuidor en Mallorca y Menorca[9].

La figura del comisario foral vizcaíno (hoy en día el sujeto al Derecho civil vasco) es el que mayor libertad concede al causante para configurar el cargo del comisario, por lo que pertenece señaladamente a la categoría de amplias facultades y así ha sido siempre desde su más antigua regulación.

De hecho, es curioso que la sucesión por comisario en Bizkaia arranca como una imitación del Fuero Real de Castilla, que lo admite plenamente, pero luego el fuero vizcaíno se aparta porque no va a sufrir los recortes que a tal institución infligieron las Leyes de Toro, proseguidas por la Nueva y Novísima Recopilación y, por fin el Código civil. El comisario vizcaíno también resistirá a la doctrina. El motivo es que los juristas no se podían formar durante la Edad Media en el País Vasco pues no había aquí Universidades pero sí en Castilla, cuya primera instauración corresponde a Palencia en 1200, Y las Universidades serán las principales impulsoras de la propagación del Derecho común (Derecho romano) que rechaza la sucesión por poder.

Hubo cierto renacimiento del Derecho civil vasco a principios del siglo XX y mucho con la apertura en 1974 del Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto (inicialmente denominado "Instituto de Estudios Vizcaínos") y sobre todo con la creación desde el curso 1982-1983 la Cátedra de Derecho Foral y Autonómico bajo la dirección de D. Adrián Celaya Ibarra.

Sin embargo, la institución, que no había sufrido muchos recortes en su aplicación a lo largo de seis siglos, comienza a ser estudiada dentro de un plan sistemático de apropiación del Derecho civil vasco por determinados sectores doctrinales que, formados en la restrictiva perspectiva del Derecho Civil Común, intentan jibarizar la institución hasta asimilarla a una mera facultad de "función dispositiva-partitiva" entre los hijos del causante y no una verdadera delegación de la facultad de ordenar su sucesión.

### 2. Orientación de la tesis.

De conformidad con los ámbitos legal, jurisprudencial y científico-doctrinal, analizaré qué disposiciones legales en sentido amplio ha habido y hay en relación al tema, cuál o cuáles han sido la línea o líneas doctrinales y jurisprudenciales más

[4] Código del Derecho Foral de Aragón, dentro del Título IV ("De la fiducia sucesoria"), del Libro III ("Derecho de sucesiones por causa de muerte"), art. 439 a 463.
[5] Título XI del Libro II (leyes 281 a 295) del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil de Navarra.
[6] Capítulo IV ("Disposiciones fiduciarias"), del Título II ("La sucesión testada") del Libro IV del Código civil de Cataluña, sección 1ª relativa "La designación de heredero por fiduciario", art. 424-1 a 424-10.
[7] Art. 71 de la Compilación de las Islas Baleares.
[8] Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, art. 196 a 202, dentro de la sección 3ª ("Del testamento por comisario") del Capítulo I ("Disposiciones generales") del Título X ("De la sucesión por causa de muerte".
[9] Art. 18 y ss. y 65 de la Compilación de las Islas Baleares, sección 1ª ("De la institución de heredero") del Capítulo III ("De la sucesión testada"), Título II ("De las sucesiones"), Libro I ("De las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca").

destacadas en la aplicación e interpretación de esas disposiciones; y quiénes y de qué manera han analizado previamente este asunto. Estos tres ámbitos se contemplarán desde el punto de vista histórico, derecho comparado interregional de España y la propia LDCV.

En este apartado, para justificar la investigación, se debe tener en cuenta qué problema se trata de resolver con ella y las razones para su estudio. La esencia de la delegación de la ordenación de la sucesión consiste en un primer tiempo de concesión de dicha facultad en vida del causante, un interregno de suspensión de la delación de la sucesión tras su fallecimiento y, por fin, la delación ordenada por el delegado que produce sus efectos en la sucesión de dicho causante.

La justificación o, mejor dicho, la tipificación en figuras, a veces ya conocidas, a veces ideadas *ad hoc*, de cómo el acto unilateral e íntimo en derecho por excelencia, el testamento (*testa-mentis*, medio de atestiguar la voluntad del difunto), puede llegar a ser ejercido por un tercero, cuando la fuente de dicha voluntad se ha extinguido por muerte del causante, dará lugar a amplios debates y tesis.

*2.1. Marco teórico original.* En el análisis de la sucesión delegada se ha partido tradicionalmente de su concepción como un fenómeno de representación voluntaria del causante/poderdante por el comisario/apoderado, donde éste representa al primero tras la muerte de aquél para otorgar su testamento como si del mismo se tratase. Dicho marco conceptual de la representación voluntaria del *de cuius* por el comisario, sencillo, permite no sólo resolver el esencial problema antes descrito de que la voluntad del testador ser prolonga en la del comisario, sino que, además, la analogía con el poder entre vivos dará la natural solución a muchos problemas que el legislador no ha previsto o no ha podido resolver, reduciendo tanto la necesidad de hipertrofia legislativa como el exceso de interpretaciones creativas, disruptivas y poco prácticas.

*2.2. Marco teórico actual.* No obstante, desde mediados del siglo XX cierta doctrina manifiesta su negativa a que el delegado para testar pueda representar a un difunto pues la personalidad de éste se extingue por su muerte y en consecuencia no cabe *testar en su nombre*. En consecuencia, frente a la sencillez de la concepción del poder testatorio, so excusa de estudiar a fondo la naturaleza jurídica de la institución, dizque identificar el tipo jurídico preexistente en que catalogar la sucesión delegada, cada generación de autores ha ido recurriendo a sus respectivos barroquismos jurídicos, creando su propia orfebrería de nuevas explicaciones, que sin ánimo de ser exhaustivos son:

2.2.1. El comisario es un simple portavoz o ”nuntius” de la voluntad del testador.

2.2.2. El comisario como heredero del causante.

2.2.3. El comisario como un albacea con facultades extraordinarias.

2.2.4. El comisario es un árbitro.

2.2.5. Teoría de la voluntad integradora. “el encargo fiduciario 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", teoría próxima a la anterior.

2.2.6. La fiducia como un "negocio per relationem", teoría próxima a la anterior.

2.2.7. El fiduciario como titular de un poder de disposición mortis causa sobre un patrimonio ajeno.

2.2.8. Teoría de la subrogación. 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 toda es sobreproducción conceptual da lugar a que, siendo todo el mundo profeta en su tierra, cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia ha legislado al albur del sector doctrinal que predomine en cada una, intentando a la vez una plena delegación de la facultad testatoria y una nominal restricción de la misma. Ello sólo redunda en una sobre regulación de la institución.

## IV. MÉTODO CIENTÍFICO.

En general he abordado una investigación de *lege* o decisión o doctrina científica lata en la que se abordarán las siguientes cuestiones:

**1. Identificación y descripción de un problema de interpretación de una o varias normas.**

Lectura de las mimas, relectura a través de la doctrina científica, especialmente la regional que las ha tratado, así como de las sentencias o resoluciones correspondientes. Análisis de posibles problemas hermenéuticos.

**2. Presentación de soluciones alternativas y opción y justificación de una solución posible.**

**3. Método.**

Utilización de criterios legal y jurisprudencialmente fijados en la resolución de antinomias, lagunas y redundancias; análisis de la racionalidad lingüística, jurídico-formal (para analizar su adecuación o no al sistema jurídico, según dispone el propio sistema jurídico), pragmática (si la conducta de sus destinatarios se adecua o no a lo que prescribe), teleológica (si se cumplen sus fines) de la legislación, según las pautas ofrecidas por la Ciencia jurídica. Estos niveles de racionalidad se pueden analizar también en las decisiones jurídicas y en la doctrina científica, utilizando aquí los métodos que propone la disciplina de la argumentación jurídica.

## V. AVANCE DE LA ESTRUCTURA.

**1. Introducción histórica a la sucesión por comisario en el Derecho Civil Vasco.**

**2. Tipología de la delegación de la ordenación sucesoria, clases y naturaleza jurídica.**

**3. La delegación de la ordenación de la sucesión en Derecho comparado español.**

**4. Análisis de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.**

**5. Conclusiones.**

## VI. HIPÓTESIS DE PARTIDA.

Pues bien, descendiendo a nuestra investigación, cabe decir que la delegación de la ordenación de la sucesión es una las opciones legislativas que el Derecho civil común y los Derechos Forales y Especiales más han desarrollado en los últimos años. Generalmente partiendo de posiciones históricas tímidas o restrictivas, incluso inexistentes, se ha ido ampliando la posibilidad de delegar cierta facultad testatoria en un tercero, el cónyuge viudo por antonomasia, quien quedará protegido por esta figura. Este no es el caso del Derecho civil vasco en el que desde el Fuero Viejo de Bizkaia de 1452 tenemos una acrisolada figura, el poder testatorio o sucesión por comisario.

Poco a poco, en los supuestos de sucesión delegada, el protagonista de la misma ha ido pasando de ser el heredero, al delegado, quien normalmente será el viudo del causante (últimamente también la pareja de hecho), donde prepondera el fin de protegerle, para que a la desgracia de perder su pareja no se una el despedazamiento de un patrimonio generado durante una vida en común. Asimismo, la elección de los sucesores no tiene por qué venir anudada a la muerte del causante, si el más necesitado o el que más merece ser designado puede surgir pasado un tiempo. A mayor abundamiento, la inversión de la pirámide poblacional, que supone que se suele heredar con edades adultas, a veces avanzadas, hace, valga la expresión, más higiénico que sucedan los descendientes más idóneos y no un reparto igualitario en que los *hijos pródigos* esperen recibir a la muerte del primer progenitor la solución económica a su vida.

Sin embargo, este tipo de delegaciones se recoge de manera dispersa y fragmentaria en el Derecho civil español, en los diferentes Derechos civiles españoles, en numerosas disposiciones jurídicas. Además en la doctrina se detectan estudios inconexos entre la regulación en las diferentes Comunidades Autónomas, ausencias de la lectura de los textos legales y prejuicios mentales surgidos de la formación básica de los juristas en la prohibición de la figura que han supuesto aproximaciones que han pretendido recortar las posibilidades del comisario vasco.

Por esta razón debe diseccionarse la figura de la sucesión por comisario en la Ley de Derecho Civil Vasco.

Las preguntas de la investigación que surgen son:

¿Es la sucesión por comisario una mera fiducia sucesoria, una delegación *incertum de certis*? Esto es, una mera delegación de elección reducida a elegir entre un grupo cerrado de sucesores. O, por el contrario ¿cabe defender que es posible conferir al comisario todas las facultades de ordenar la sucesión? Esta última es mi opinión y la investigación se dirige a demostrarlo y a proponer pautas de interpretación.

¿Es la sucesión por comisario una mera fiducia sucesoria en que el delegado ordena la sucesión del causante en nombre propio del primero pero del caudal relicto del segundo? O, en cambio, el comisario representa al causante al ordenar la sucesión de éste. Defenderé la segunda postura, no sólo por cuestiones históricas o teóricas, sino por las importancias consecuencias prácticas de una u otra postura, hasta el punto que veremos que la primera, llevada en puridad conduce al paroxismo de la institución.

¿El otorgamiento de la facultad de ordenar la sucesión a favor del cónyuge viudo constituye una figura diferente de nuevo cuño, un derecho de naturaleza jurídica más familiar que sucesoria con facultades de disposición entre vivos o por causa de muerte en cosa ajena, próxima a un heredero distribuidor? ¿O es una mera especialidad añadida a favor del comisario viudo sobre el sustrato esencial y tradicional del poder testatorio? Esto último será defendido en el presente trabajo.

También se hará especial incidencia en los conflictos móviles interterritoriales e intertemporales en la aplicación de la figura.

Por último, se analizará la utilidad de la figura en el mundo de hoy en día, desde su originario fin de preservar la unidad familiar y del minifundio hasta la actual de proteger al viudo del reparto apresurado del patrimonio de la familia, sea éste agrario, urbano, profesional, empresarial, etc.

# CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.

## I. PREFACIO.

Según ESCOLÁN REMARTÍNEZ[10], en el Derecho Romano parece que no existe ninguna fórmula parecida a la fiducia sucesoria, aunque sí al negocio fiduciario con ciertos matices. Fiducia Romana que poco tenía que ver con la sucesión por comisario aunque sí con el concepto de confianza ínsito en la misma, iniciándose como un ruego del causante al comisario, sin vinculación jurídica, sólo moral. En la misma línea está JIMÉNEZ GALLEGO[11] para quien inicialmente "La ejecución quedaba, como decimos, a la buena fe de quien recibía el encargo, contra quien el beneficiado carecía de actio y de ahí los nombres de fiduciario y fideicomisario". Sigue diciendo dicho autor que sólo en la época de Augusto se da acción al fideicomisario para reclamar su derecho, con lo que tenemos una figura que no es la sucesión por comisario, puesto que el heredero adquiría toda la herencia o cuotas de la misma, como ruego al mismo para transmitirlo a determinadas personas, ora a personas que no podían legalmente adquirirlo, ora a *nasciturus* y *concepturus.* También se usó el fideicomiso de residuo de forma que el fiduciario pudiera disponer según su *arbitrium boni viri* a favor del fideicomisario. En cambio, la sustitución fideicomisaria entendida como un fideicomiso de familia, consistente en una reserva sucesiva de los bienes a favor de una persona de cada generación para que los transmita a la siguiente, sólo empezó a usarse de manera significativa en la época medieval.

En la posición contraria se sitúa VERGER GARAU[12] para quien, aunque, en principio "el Derecho romano es opuesto a que el testador atribuya a un tercero la facultad de elegir por él heredero. Muchos textos del «Corpus» establecen esta prohibición. La ley «Illa institutio» del Digesto (28,5,32) dice: «Esta institución: «Los (herederos) que Ticio quisiere», es viciosa por esto. No obstante, este principio general prohibitivo, se permitía en el Derecho romano una especie de delegación en la facultad de nombrar sucesor o beneficiario, en los casos siguientes, entre otros: a) La facultad concedida por el testador al heredero gravado con legados de elegir, entre varias, la persona beneficiada o sea el legatario, O escoger alternativamente entre dos posibles destinatarios. Así el Digesto dice: «Si se hubiese dejado un legado para Ticio o para Seyo, para el que de los dos quiera el heredero, dándoselo el heredero a uno queda libre respecto a ambos» (31,1,16). También la existencia o subsistencia de un legado era permitido dejarla al arbitrio de un tercero (D. 31,1,1 y 30,1,43-2). b) La facultad otorgada al fiduciario para elegir la persona del fideicomisario, entre personas

[10] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*. Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2013. ISBN: 978-84-9059-052-2, pp. 42. Recuerda este autor, 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 aficionados 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.

[11] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. "Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades", en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, nº 14, 2013. ISSN 2254-2515, pp. 68.

[12] VERGER GARAU, Juan. *"El heredero distribuidor en Mallorca y Menorca"*, en Manuel Albaladejo y Sílvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1980. ISBN 84-7130-320-5, pp. 338 y ss.

determinadas, es reconocida en muchos textos romanos (D. 31,1,67-7 y 77-4-25. D. 34,5,7-1, entre otros). Estos fragmentos constituyen evidentemente un precedente clarísimo que no se debe soslayar. c) Se podía también supeditar la efectividad de la institución a un hecho potestativo de un tercero. Un texto de Pomponio dice: «Sempronio será heredero si Ticio sube al capitolio)». En cambio no vale si dice: «Sempronio será heredero si Ticio quiere» (D. 28,5,6)".

En suma, el Derecho Romano no va a ser antecedente de la figura, no al menos de la típica fiducia sucesoria o sucesión por comisario, pues como veremos, aparece en Europa occidental durante la Baja Edad Media con caracteres similares a los de hoy en día.

Históricamente, la institución de la sucesión por comisario ha levantado recelos ora porque se parte de la sospecha de que los comisarios "*hacen muchos fraudes y engaños con los tales poderes*" (Ley 31 de Toro). Ora, según MANRESA Y NAVARRO[13] porque si el testamento por comisario tiene lugar cuando una persona capaz para otorgar testamento confiere poder a otra persona para que lo llevase a efecto, esto es, una mera fiducia, o postergación de los efectos del testamento a través de la instrucción al comisario para revelarla, sin prever la impotencia del causante para la ordenación de su sucesión, sino todo lo contrario, es más fácil y menos molesto que el testador otorgue directamente el testamento. Para DE JADO Y VENTADES[14] la oposición de Alonso Martínez a la incorporación del poder testatorio al Apéndice de Código civil para Bizkaia se basaba en dicho prejuicio de abusos afirmado en la Ley 31 de Toro.

CASTÁN TOBEÑAS[15] comenta, que a través de su historia legal (en Castilla, añadimos nosotros), el testamento por comisario pasó por dos distintas fases: una primera de "absoluta confianza del comitente en el comisario, una vez otorgado el poder en que aquél facultaba a éste para testar en su nombre, a fin de que lo hiciera libremente, sin traba alguna y como si lo hubiera hecho el poderdante o testador por sí, o el restringido que, inspirado en un sentido de recelosa cautela, limitará en más o menos las facultades del comisario, negando eficacia a sus disposiciones cuando salieran de aquella órbita y no fueran el resultado del simple ejercicio de autorizaciones especiales y concretas, consignadas expresamente en el poder. El primero de ellos, o de amplia libertad, fue el adoptado por el Fuero Real. E1 segundo, por las leyes de Toro y de la Novísima Recopilación, que en fuerza de establecer restricciones y garantías para que la voluntad del comitente no fuera mal interpretada o fielmente servida por el comisario; vinieron a dejar ineficaz o poco útil esta forma excepcional de testar".

La evolución del Derecho de Castilla y luego el Derecho común español, y la sucesión por comisario en las mismas, determinará claramente el contenido de la

[13] MANRESA Y NAVARRO, José-María "Comentarios al Código civil español". Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, pp. 205 y 206

[14] DE JADO Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*. Imprenta Casa de Misericordia, Bilbao 1923. Versión facsímil en colección clásicos Derecho Vasco, AVD/ZEA, 2004. ISBN: 84-7752-383-5, pp. 277: "es la opinión decididamente opuesta a tal clase de testamentos del Sr. Alonso Martínez. Dice a este propósito en su obra «El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales» al hablar de la de Vizcaya, que el testamento por comisario tal como lo establece el Fuero de Vizcaya, es un cebo a la codicia del comisario que se presta a preferencia interesadas y a cábalas ilícitas".

[15] CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1931, pp. 81.

institución vizcaína, tanto dogmáticamente, pues se inspiraba casi literalmente en el Derecho de Castilla[16], como orgánicamente, pues aunque es lugar común de la historiografía hacer mención a que Fuero Viejo y Fuero Nuevo de Bizkaia se aprobaron por sus Juntas Generales, no es menos cierto que el *Fuero Viejo de 1452* fue confirmado por el Rey Enrique IV el 2 de marzo de 1457 y el *Fuero Nuevo de 1526* fue confirmado por el Carlos V el 1 de julio de 1527. Y aunque ello no desmiente su remoto origen consuetudinario[17], al ser incorporada Bizkaia parte de Castilla desde 1379, como *Fueros*, Derecho positivo escrito, adquirieron el carácter de ley positiva de ineludible aplicación por la Justicia. Para ello siguieron el procedimiento al efecto de las Partidas que elevaba los usos y costumbres a la categoría de ley mediante una propuesta de hombres locales ratificada por el Señor correspondiente (Partida Iª, Título II, ley VIII[18]). Consecuencia de lo cual, los Fueros hubieron de ser imperativamente aplicados en todas las instancias judiciales de Castilla, pues el Ordenamiento de Alcalá de 1348 estableció una prelación de fuentes en dicho Reino en la que los Fueros regían en lo no regulado por el mismo (que en cuanto a sucesiones fue poco como veremos) y con carácter preferente a las supletorias (de segundo grado) Partidas que prohibían el poder testatorio (ley XI, título III, Partida 6ª)[19].

Esta misma suerte correrá la costumbre de Ayala, pues su *Fuero de Ayala* fue confirmado por los Reyes Católicos el 30 de septiembre de 1489 y por Carlos V el 23 de mayo de 1524. Las costumbres del resto de Álava y las de Gipuzkoa no se elevaron a la categoría de Fuero y dejaron de aplicarse progresivamente en consecuencia a favor del

---

[16] CELAYA IBARRA, Adrián, "El Testamento por comisario", *Anuario de derecho civil*, Vol. 25, nº 3, Madrid, 1972. ISSN 0210-301X, pp. 770. GARCÍA ROYO, Luis. *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo II, Editorial S. Católica, Vitoria, 1952, pp. 304: "No sólo la prohibición sería ateleológica, sino inexplicable históricamente, porque la ley 3ª del título XXI del Fuero de Vizcaya es una reproducción casi textual del Fuero Real (ley 7ª, título 5º, libro 3º)".

[17] DE MADARIAGA AZCUENAGA, Ramón, *El Derecho Foral de Vizcaya en relación con la organización familiar*, Tipografía del Norte, Bilbao, 1932, pp. 12: "Cuando los que compilaron los Cuadernos forales de 1452 y 1526 decían "que habían de fuero, uso é costumbre y establecían por ley" no querían en realidad decir otra cosa distinta sino que reducían a escritura la costumbre y la hacían confirmar por el Señor, entonces Rey de Castilla, pero el derecho seguía siendo el consuetudinario de siempre, el que venía rigiendo la vida civil de los vizcaínos, sin referencia alguna a su origen ni a su forma de elaboración que distaba mucho de ser la que en el derecho moderno se requiere para que una norma jurídica de aplicación general merezca el nombre de ley".

[18] Las Siete Partidas, recuperadas de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60&tipo=L&modo=2. Ley VIII. "Como debe fazer el Fuero. Fecho debe ser el fuero bien e complidamente guardado en todas cosas razon e derecho, e igualdad e justicia. E deveser fazer con consejo de omes buenos e sabidores, e con voluntad del señor, e con plazer de aquellos sobre que lo pone. E esto se entiende de los omes de buen entendmiento: cantado mas el procomunal de todos, e de la tierra en que an de morar, que no la suya, e que non sean cobdiciosos, ni sobervios, ni de mala voluntad, ni ayan desamor unos con otros mientra lo finieren. E quando assi fuere fecho, puedenlo otorgar, e mandar por todoslo logares que le finiere que se tenga: e desta guisa sera assi como ley".

[19] 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. 3: "…en 1452, las Juntas Generales de Bizkaia elaboraron su Fuero Viejo, la primera versión de sus usos y costumbres, que no impidió que las Encartaciones siguieran manteniendo algunas peculiaridades. Los representantes de Bizkaia, comisionados por las Juntas, se presentaron al Corregidor para hacerle ver que ellos tenían fueros, franquezas y libertades que eran de albedrío y no estaban escritos y que de este hecho se seguían muchos males. Hay que suponer que los males nacían especialmente del desconocimiento de los Fueros por los Corregidores, encargados de juzgar en las apelaciones, a partir del momento (1379) en que Bizkaia se incorporó a la Corona de Castilla".

Derecho común de Castilla y luego el Código civil, consecuencia de ser Territorios Históricos incorporados a la misma.

Efectivamente el Derecho de Castilla en la Alta Edad Media se rigió prioritariamente por las *fazañas, juicio del albedrío o fuero del albedrío*, es decir, por las costumbre interpretadas por los alcaldes y no por el *Liber Iudiciorum.* Pero a partir del Alfonso XI, se irá introduciendo paulatinamente un Derecho escrito y con tendencia a la unidad frente a la multitud de fueros precedentes pues, aunque Alfonso X el Sabio dispuso el Fuero Real y las Partidas, con el fin de hacer un sistema general de Leyes para todo el Reino, el primero sólo conservó observancia en algunos lugares, principalmente en los Tribunales de Corte. Y las Partidas sufrieron gran resistencia a su penetración. De modo que Alfonso XI usó dos medios de unificación: extender la autoridad del Fuero Real aquellas localidades o territorios que así lo requiriesen y ordenar la supletoria aplicación de las Partidas. "Así vemos que cuando la tierra de Álava se entregó a la Corona de Castilla, después de haber confirmado sus usos y albedríos, mandó que los pleytos se decidiesen por el Fuero de las Leyes, como consta del Privilegio despachado á dos de Abril de la era de 1370 (…) Pero lo que acabó de establecer la harmonía, y conformidad de las Leyes en todas las partes de la Monarquía, fue la corrección, y reforma de las Partidas…"[20]. Y las Partidas serán la mayor fuente de irrupción del Derecho Romano y su principio *mandatum morte dissolvitur* manifestado en la ley XI del título III, de la Partida 6ª.

No menor será el hecho de que los juristas no se podían formar durante la Edad Media en el País Vasco pues no había aquí universidades pero sí en Castilla, cuya primera instauración corresponde a Palencia en 1200; Universidades que serán las principales impulsoras de la propagación del Derecho común (Derecho romano) que rechaza la sucesión por poder. De hecho, "el Derecho real se preocupa por tener acceso a la universidad y desplazar en ella al Derecho común. Una pragmática de los Reyes Católicos en 1493 ordena que ningún letrado pueda alcanzar el oficio de justicia, pesquisidor, relator o el de miembro de las Audiencias y Chancillerías si no consta por fe de los notarios de los Estudios el haber estudiado Derecho canónico o civil, por lo menos, por espacio de diez años, pero las Leyes de Toro exigen que los letrados del Consejo Real, oidores y alcaldes de Casa y Corte y de las Chancillerías estudien («pasen») las leyes de ordenamientos y pragmáticas, las Partidas y el Fuero Real" [21].

Pese a ello, los juristas vizcaínos estaban apegados a su tierra y sin duda conscientes de la tradicional litigiosidad ("y por ser la tierra de trato y la gente dada a pleito") y que los preceptos tradicionales ("… este su Fuero: es más de albedrío, que de sotileza, y rigor de derecho") merecían ser conservados ("y toda tierra raíz de ella troncal, privilegiada") frente al peligro de que podían ser corrompidos en apelación[22]

[20] JORDAN DE ASSO DEL RÍO, Ignacio y DE MANUEL RODRÍGUEZ, Miguel. *El Ordenamiento de Leyes que el Rey D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el ano de mil treszientos quarenta y ocho*. Madrid 1774. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-H-1985-10096300963.

[21] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*. PPU, Barcelona, 1989. ISBN84-7665-558-4, pp. 182, 339 y 340.

[22] En primera instancia correspondía resolver los pleitos civiles a los *Alcaldes de Fuero* conforme al Capítulo XXVII del Fuero Viejo o *Alcaldes de Fuero* y *Alcaldes de Tierra* según las leyes III y IV del Título II del Fuero de 1526. La introducción de éste decía: "así en el Consejo Real, como en la Corte, y Cancillería de su Alteza no se hubiese de guardar el dicho Fuero y si los Jueces da Vizcaya, o fuera de ella, hubieren de sentenciar en los pleitos y causas de ella, contra el dicho, y no según el tenor de él; y se

por aplicación de otras leyes, jurisprudencia o doctrina, introdujeron en la Ley III del Título 36 del Fuero Nuevo[23] que estamos extractando la prevalencia de este cuerpo normativo y la aplicación supletoria del resto del Derecho de Castilla, con una interesante prevención contra las "opiniones de doctores" de rabiosa vigencia actual.

Por tanto, el *poder testatorio* denominado así, por lo menos desde el Fuero Real, como veremos, es una institución de honda raigambre en Bizkaia cuya utilidad era mantener la indivisión de los bienes raíces o inmuebles en la sucesión del Caserío, la explotación célula económica de la sociedad vizcaína, en unión de la figura del apartamiento (elección) de entre los parientes llamados a suceder en los mismos.

Y suponemos que recogiendo los prácticos jurídicos un precepto del Fuero Real aislado y de discutible interpretación[24], cual es el poder testatorio, dicha institución arraiga ampliamente en la Tierra Llana de Bizkaia. Y es estimada tan conveniente su conservación hasta el punto que el Fuero Viejo de 1452 alude al debate jurídico sobre su licitud o no para de seguido afirmarla. Así, cuando las Leyes de Toro hagan una *interpretación auténtica* del Fuero Real, restringiendo grandemente el poder testatorio en el resto de territorios de Castilla, esta figura subsistirá y se reforzará en Bizkaia en el Fuero Nuevo de 1526, prueba de lo cuál es que, pese a que se conozcan perfectamente las instituciones hermanas, y a veces, sin límites precisos con la figura del poder testatorio, tales como el *cabezalero,* el *testamentario,* el *albacea o* el *comissario¸* los Fueros vizcaínos esquivan estas figuras de terminología ambivalente, ambigua, y hablan directamente de poder testatorio[25].

Sin duda el éxito de la figura se debió (y se debe hoy en día) a que en Bizkaia se mantuvo la libertad de elegir uno o varios legitimarios de entre los hijos y descendientes (comúnmente denominada legítima colectiva) lo que facilita la labor del comisario. Por el contrario, el Fuero Real prohibía (Libro III, Título V, Ley IX)[26] acumular en un mismo hijo la mejora y el quinto de libre disposición. Y aunque esta posibilidad se permitirá las Leyes de Toro (Ley 18), para entonces la sucesión por comisario en Castilla se ha limitado mucho, y, en todo caso, hay una mínima legítima individual que no encaja bien con la figura de la sucesión por comisario, pues la existencia de una parte de la herencia fuera de su poder de ordenar la sucesión condiciona sus facultades sobre

---

hubiesen de guiar en las tales sentencias por otras Leyes del reino, o de derecho común canónico o civil u opiniones de doctores".

[23] *Fuero nuevo de Vizcaya* / Introducción de CELAYA IBARRA, A. Durango: Leopoldo Zugaza, 1976, reproducción facsímil de la edición de: Bilbao: Fueros, privilegios, franquezas y libertades del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya, 1865, pp. 103.

[24] Casi toda la Doctrina del siglo XX unánimemente afirmaba que el Fuero Real estableció un poder testatorio pleno que fue recortado por las Leyes de Toro. Veremos que no era ese el propósito ni la interpretación sistemática de aquél.

[25] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991. ISBN: 84-404-9869-1, pp. 256: "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»".

[26] PÉREZ MARTÍN, Antonio (ed.). *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*. Copia facsímil del Códice del Escorial. Edición de Antonio Pérez Martín, pp. 75, recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7_FUERO_REAL_DE_ALFONSO_X_EL_SABIO&tipo=L&modo=1.

la parte que sí está bajo las mismas, desencaje que pervive hoy en día y se verá con toda su crudeza al estudiar la aplicación del art. 831 CC.

## II. EL DERECHO CIVIL DE CASTILLA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

El breve estudio en esta tesis del Derecho de Castilla no sólo es por pretender darle un carácter más exhaustivo, sino porque el mismo determinó el origen y desarrollo de la normativa histórica vizcaína, fuente esencial del actual Derecho Civil Vasco.

### 1. La extensión de la sucesión por comisario en la Europa occidental durante la Alta Edad Media.

Indica LALINDE ABADÍA[27] que con la caída del Reino Visigodo, su ordenamiento jurídico, particularmente el *Liber Iudicum*, sólo sobrevive en las zonas no autónomas, las sometidas a árabes o francos. En las zonas libres como el Cantábrico o los Pirineos el orden de los godos se debilita hasta desaparecer.

Singularmente en Castilla, se recurre a la solución de nombrar jueces que actúan como árbitros a su libre decisión o *albedrío*, cuyas decisiones más trascendentales dictadas por los condes castellanos primero, y los jueces superiores y el Rey, después, reciben el nombre de *juicios* (*iuditia*) que son considerados similares a los grandes acontecimientos heroicos por lo que reciben el nombre de *hazañas* (*fazañas*) que vía un sistema de precedentes o por adopción en los ordenamientos locales se asientan como fuente del Derecho. Sigue afirmando dicho autor que no hay un ordenamiento general, sino una pluralidad de ordenamientos locales, los cuáles se basan en la costumbre escrita frente a las *cartas puebla* y los *privilegios*. La primera es la fijación gráfica del *uso de la tierra* (*usus terrae*). Los segundos concesiones de reyes, señores laicos o religiosos o concejos. Habría un tercer elemento, cual es la recepción de preceptos de otros ordenamientos locales o territoriales, incluso del propio *Liber Iduciorum* que se estiman envidiables.

Por tanto hacia el Siglo IX "El ordenamiento general aparece así como un conjunto de fueros locales, cuya vigencia descansa en el consentimiento común de los componentes de las comunidades, potenciado por el reconocimiento del titular del poder judicial superior, que hace posible que tengan valor fuera de la localidad cuando los contendientes en un litigios no se conforman con la decisión del juez local y acuden al rey o señor para que éste decida nuevamente". Estos fueros locales adquieren vigencia por "el consentimiento unánime y persistente de la comunidad, pero le resulta muy conveniente el reconocimiento por parte del titular supremo del poder judicial, que es el rey o, en su caso, un señor laico o eclesiástico. Este reconocimiento, otorgado de buen grado u obtenido a través de la lucha, eleva la combinación de dos o más elementos de los citados a la condición de "fuero", "for", "foral", "foro" o término similar. La palabra procede de forum, lugar de la administración de la justicia en la antigua Roma, que por metástasis se identifica en el Derecho postclásico con la justicia administrada".

[27] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 129 y ss.

Veremos que este devenir se da exactamente así en Bizkaia, Álava y Gipuzkoa, a la postre, parte de Castilla. NÚÑEZ IGLESIAS[28] explica que el testamento por comisario, aunque con precedentes romanos, aparece en la Alta Edad Media como respuesta a que el hombre medieval no quiere morir ni inconfeso ni intestado, sin disposiciones *pro anima*. El canon *omnis utriusque sexus* del IV Concilio de Letrán obligaba a la comunión y confesión anual, lo que daba lugar a que el Obispo tramitara un expediente sobre si el causante había cumplido, lo que *se ligaba* a unas medidas caritativas *pro anima.* Si el causante murió intestado, estas últimas se reconducen a través de diferentes instituciones: *Testamento loco defuncti*, *testamento pro animae, testamento espiritual, el ejecutor testamentario* y el comisario.

El *testamento loco defuncti* es el caso en que a falta de testamento, o de legados píos del causante, un pariente redacta en *su lugar* un acto de última voluntad *pro salute animae defuncti* que incluye un ejecutor de las mismas y el heredero abintestato acepta el gravamen.

El *testamento pro animae* consistía en que la Iglesia no se desentendía de los intereses espirituales de ese muerto y arrancaba al poder laico, que en principio confiscaba todo el caudal de una sucesión sin herederos, una cuota, para aplicarla a obras piadosas.

*Testamento espiritual*. Caso de un moribundo que sólo tuviera tiempo de confesarse y que quisiera, en este último momento, hacer algún legado piadoso, transmitía al confesor el encargo para que alguien de su confianza lo ejecutara.

**2. El Fuero Real (1254-1255 ó 1293) vs. Las Partidas (1256-1265) y la sucesión por comisario.**

Según SARRIÓN GUALDA[29] *"*La práctica alto-medieval del testamento por comisario, no fue muy frecuente si atendemos a los pocos casos localizados por Arvizu, ni encontró apenas eco en los fueros castellanos*"*. Su regulación lo encontramos en el Fuero Real, y las Partidas, fundamentalmente.

*2.1. Planteamiento de la cuestión.* Observaremos que mientras que el Fuero Real ampara el poder testatorio, Las Partidas lo van a prohibir. En el confuso sistema de fuentes del Derecho de la Castilla bajomedieval, la escora a favor de uno u otro sistema determinará el futuro de la institución.

2.1.2. El Fuero Real. El Fuero Real contiene en la ley VIª, del Título V, del Libro III la primera regulación positiva del poder testatorio para toda Castilla[30]: "Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que ficiere de sus cosas, e diere su poder a otre, que él que la ordene e la dé en aquellos logares ó el toviere por

[28] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 45 y ss.
[29] 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*, 2005, nº 75. ISSN 0304-4319, pp. 218.
[30] *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, obra cit., pp. pág. 77.

bien, puedalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel quel dio el poder"[31].

Concluye LALINDE ABADÍA[32] que este «Fuero del Libro» o el «Fuero de las Leyes», o «Fuero Castellano» (por oposición al "Fuero de León", el Liber Iudiciorum) no es propiamente un fuero común o territorial de Castilla sino "un texto que pueda servir de fuero local" (así la ley I, título XXVXII), lo que hoy llamaríamos una plantilla o modelo a elevar caso por caso a la categoría de fuero local. Pero en la medida que se aparta de la tradición castellana, fracasa y varios concejos obtienen del Rey que se rijan por los privilegios, franquezas, buenos usos y costumbres que poseían. "La situación que ofrece Castilla a partir de 1272 es la de una división entre los concejos que han concluido por admitir el Fuero Real y los concejos que, o no han recibido el Fuero Real o han optado por volver a acogerse a su antiguo ordenamiento (…) La reacción castellana contra el Fuero Real en el ámbito local repercute también el ámbito de los tribunales reales, pues a los concejos no les satisface que se les reconozcan sus ordenamientos si cuando recurren al rey son juzgados por otro texto. El conflicto se resuelve por una transacción, en virtud de la cual se distingue entre pleitos foreros y pleitos del rey, aplicándose a los primeros los ordenamientos locales en todo momento y reservándose el rey en los segundos el aplicar su ordenamiento específico". Esto sucedió en las Cortes de Zamora de 1274. Como veremos, el Fuero Real triunfa en Álava y en Gipuzkoa.

A los efectos que nos ocupan, mientras el Fuero Real ampara el testamento por comisario, la ley XI del Título III, de la Partida VI, bajo el epígrafe de "Como el testador deve nombrar por si mismo a aquel que establecio por heredero, e non poner lo en alvedrio de otri", lo prohíbe[33].

2.1.2. Las Partidas. En paralelo, la aplicación por los Tribunales del Rey del Derecho Común o Romano va ampliándose, singularmente con "Las Partidas", el "exponente más alto de la penetración del Derecho común en Castilla y León"[34]. Explica NÚÑEZ IGLESIAS[35] que con la recuperación del Derecho Romano, se reinstaura la testamentificación como una institución cuasi-pública que supone el

[31] Según PÉREZ MARTÍN, Antonio en "Mandato y representación en el derecho histórico", en *Anales de Derecho*, nº 12. Universidad de Murcia, 1994. ISSN 1989-5992, pp. 243: "Para conocer la regulación del mandato en Castilla disponemos básicamente del Fuero Real l.10 (de los personeros), Partidas 3.5 (de los personeros), 5.1 1.7-10, 5.12.13 y 5.12.20-34 y Ordenamiento de Alcalá 16, así como las glosas y comentarios a dichos textos".

[32] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 199 y 200.

[33] *Las Siete Partidas*, obra cit.: "Declarar debe e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estableciesse por heredero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdria, maguer dixesse assi, aquel sea mio heredero que fulano quisiere, o estableciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas non deve ser puesto en alvedrio de otro. Pero si alguno rogasse al testador, que fizisse su heredero a otro, nombrandolo, si el que fizo el testamento qere caber su ruego, e lo establefetere por su heredero valdra. Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun escrivano de concejo, ruegote, 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".

[34] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 206.

[35] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 115 y ss.

nombramiento del heredero como continuador de la personalidad jurídica, no sólo del patrimonio del causante, y como tal personalísimo y, por tanto, opuesto a la práctica alto medieval. Sin embargo la prohibición de la captación de la voluntad del testador se mitiga a través de dos instituciones tratadas en el Derecho Canónico[36] y en la doctrina: El privilegio de las causa pías, por un lado. Por el otro, una fina orfebrería doctrinal[37] para trocear el concepto de voluntad testatoria en varias categorías que permiten otras tantas soluciones prácticas que aunque no alteran la *substancia* de la institución (nombramiento del heredero), sí la pueden matizar. De estas últimas filigranas jurídicas producto de intentar paliar por la vía del rodeo una prohibición frontal, se encontrarán indudables ecos, conscientes o no, en nuestros días, p.ej. al interpretar el art. 831 CC o la Ley 3/1999 que aprobó el Fuero de Gipuzkoa.

Consecuentemente, las Partidas, la adaptación castellana del Derecho común (Libro X, de la Partida VI) sí permite los meros ejecutores testamentarios, que regula en extenso y los denomina conforme a su Ley I, indistintamente, "Cabeçaleros e testamentarios, e mansessores (…) en latin llaman fideicomissarios"[38]. Es institución separada del poder testatorio general, que prohíbe (Ley XI del Título III, de la Partida 6ª). Pues bien, interpretando conjuntamente ambas regulaciones, se deduce el carácter personalísimo, indelegable, del testamento allí donde fueran usadas las Partidas, ora por pasar a ser fuente subsidiaria de Derecho tras el Ordenamiento de Alcalá, ora por el indudable prestigio y autoridad que tenían para los juristas hasta el punto de ser invocables e invocadas ante los Tribunales del Rey[39].

---

[36] Se trata de la famosa decretal "cum tibi" de Inocencio III ""Que extremam voluntatem in alterium dispositionem committit, non videtur decedere intestatus que podemos traducir como "Quien su disposición de última voluntad encomienda a otro no fallece intestado", disposición que, como explica NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 170 y 171, no tuvo un alcance general *per se* pero su estudio por los canonistas tuvo un efecto extensivo en su aplicación y moderativo en su alcance, pues se extendió por la Doctrina a todos los causantes, laicos o religiosos, pero se redujo a la facultad de disponer las causas pías. En el mismo sentido CELAYA IBARRA, Adrián, en *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 739 y 740, niega el origen canónico de la institución de la sucesión por comisario en Bizkaia.

[37] Resumimos a NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, en *El testamento por* comisario, obra cit., pp. 180 y ss.: 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*.

[38] "… e en latin llaman fideicomissarios: porque en la fe e en la verdad de los omes tales dexan e encomiendan los fazedores de los testamentos, el fecho de sus anima".

[39] Y aunque las Partidas no tendrán más valor que el Doctrinal hasta que obtienen rango normativo con el Ordenamiento de Alcalá, su invocación se admite en los Tribunales del Rey, juntamente con el Derecho común o Romano, refractario a la figura de la sucesión por comisario. Dice al efecto LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús, *Introducción histórica al Derecho español*, obra cit., pp. 209: "Sin embargo, aún después de la vigencia de las Partidas, el Derecho común sigue invocándose directamente ante los tribunales del rey, bien a través de textos legales, bien a través de sus glosas y comentarios, lo que incluso

No obstante, se admitieron las excepciones siguientes:

a) *Arbitrio boni viri*. El testador puede nombrar tal persona de confianza que haga la *ordinatio* sucesoria para obras pías (cfr. art. 670 y 902.1º y 2º CC vs. proposición 2ª *otrosí* Ley XI del Título III, de la Partida 6ª[40] y la Ley I y leyes III[41] V y VII[42] del Libro X de la misma partida).

b) Distribución entre pobres. Ley III[43] del Libro X de la misma partida (cfr. art. 670, 749 y 992 CC).

c) Disposiciones subordinadas a la voluntad de un tercero. Aunque el legado dejado a la voluntad de un tercero está prohibido por la Ley XXIX, del Título IX, de la misma Partida 7ª, sí se permite que un tercero determine la eficacia de la atribución: "si el testador fiziesse la manda, diziendo assi que mandava a uno mil maravedis, si otro

---

es reconocido como lícito por Juan I en las Cortes de Briviesca de 1387. La alegación de doctrinas de Derecho común es tan intensa que Juan II, mediante pragmática de 1427, prohíbe la cita de legistas o canonistas posteriores a Juan Andrés y a Bartolo, y, con un sentido más restrictivo aún, las Ordenanzas de Madrid de 1499, dadas por los Reyes Católicos, limitan la cita a Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el Panomitano, concluyendo por derogar esta disposición en 1505 para restablecer la autoridad del rey como única fuente jurídica en caso de duda".

[40] "Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun escrivano de concejo, ruegote, 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".

[41] "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 establesciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segun su albedrio los partiesse 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".

[42] "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 complir, 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"

[43] "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 establesciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segun su albedrio los partiesse 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".

que nombrava señaladamente fiziesse alguna cosa ciertamente, entonces será válido el legado" (cfr. art. 795 CC).

d) En cuanto a la *executio* contiene una regulación escueta, limitando sus facultades a la posibilidad de reclamar en juicio y fuera de él la entrega de los bienes objeto del legado "da libre poder a sus testamentarios: que pueden demandar en juyzio, e fuera de juyzio los bienes del fazedor, para cumplir sus mandas" (Ley IV cfr. art. 894, 901 y 902 CC, albacea universal o particular). En todo caso parece un *officium* de derecho privado puesto que el obispo puede (Ley VII) interesar la ejecución de la manda contra el albacea renuente o, a falta de albacea testamentario, nombra uno dativo (cfr. art. 790.1 LEC).

*2.2. Consecuente ámbito de aplicación de la sucesión por comisario.* Por lo tanto la situación a comienzos de la Baja Edad Media en Castilla es de confusión normativa, con fuentes del Derecho tan variadas y poco escalonadas en su aplicación como el Derecho Real, el Derecho Común (Derecho Romano), los Fueros Locales o Territoriales, la costumbre y las "*Leyes de Estilo*" de la Corte y Tribunales del Rey. Por lo tanto, hasta el primer intento de jerarquizar las fuentes del Derecho de Castilla mediante el Ordenamiento de Alcalá de 1348, ante la falta de regulación de la institución de la sucesión por comisario en el *Liber Idicium* tendremos:

2.2.1. Territorios o villas en los que se aplique el albedrío. Nada sabemos de la institución de la sucesión por comisario.

2.2.2. Territorios o villas en los que se aplique el Fuero Real, por haberse acogido al mismo. La sucesión por poder bajo dicho Fuero Real parece caracterizarse por:

a) Licitud. Aunque el Fuero Real no prohíbe explícitamente una verdadera sucesión por comisario ("e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel quel dio el poder""), lo cierto es que no está pensando en encomendarle al comisario las más amplias facultades dispositivas, sino sólo autorizar que otorgue el testamento *ad pias causas*, ya que la libertad de escoger el comisario el lugar donde ha de entregar la manda ("que él que la ordene e la dé en aquellos logares") que el comitente le ordenó hacer, induce a pensar a CARRIÓN GUALDA y NÚÑEZ IGLESIAS[44] que se recoge la práctica castellana de la época de que el testamento por comisario era utilizado fundamentalmente por los testadores para cumplir los deberes de piedad de todo cristiano ante la proximidad y el temor de la muerte. NÚÑEZ IGLESIAS[45] explica perfectamente el origen alto medieval de la institución se trata de un "*ejecutor que ha dilatado sus poderes*". Es de notar, en mi opinión, que la ley el Fuero Real dedicó el

[44] Para SARRIÓN GUALDA, José, "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 219 y NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 111, la comparación con el Fuero de Soria, previo al Fuero Real y en el que se inspira, la frase ambigua del Fuero Real de instituir "ó el toviere por bien", adquiere pleno sentido en el de Soria, que decía: "que la ordene por el en aquellos lugares que el uiere por bien, pueda lo fazer"; y esa libertad de escoger «lugar» fue, sin duda, libertad de escoger beneficiario, monasterio o iglesia" beneficiaros de la parte de la herencia destinada obras pías o por la salvación del alma, no el libre albedrío del comisario.

[45] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 68 y 86: transcribe a Díaz de Montalvo, en su glosa al Fuero Real, para quien las expresiones «ordenar» y de «dare la «manda» significan "dar", o sea ejecutar o cumplir, no ordenar la sucesión.

Título V del Libro III a las mandas (testamentos) y dentro del mismo a los albaceas bajo la denominación "*cabezal*". Este error de confundir un modo de institución de sucesores –la ordenación de comisario- con la forma escrita en que se hace pasará, como veremos a la regulación vizcaína. Por ahora quedémonos con el hecho de que el albaceazgo se regular como una institución separada del poder testatorio (ley VI), aunque relacionada, puesto que van seguidas en dicho el mismo título (Título V del Libro III).

b) Naturaleza. Según dichos autores, aunque no fue la intención inicial del Fuero Real al imitar el Fuero de Soria, era legalmente posible conforme al primero ordenar una verdadera sucesión por comisario o testamentificación por poder[46]. En mi opinión concurren a favor de dicha opinión varias razones. Gramaticales ("e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel quel dio el poder"); sistemáticas (la regulación de la institución dentro la Ley VIª está en el Título V del Libro III ("de las mandas"); e históricas pues, consciente del amplio uso del poder testatorio, la Ley 31 de Toro reduce las facultades, de modo que sólo admite, ora un poder general para ordenar las *mandas pías,* ora un poder especial concedido que va más allá del general pero que reduce la actuación del comisario a la de mero distributario, o sea, aquella en la que sólo puede elegir o distribuir la herencia entre las personas señaladas por el propio testador.

c) Requisitos personales. (i) Comitente. Estableció la Ley V las prohibiciones para testar[47] y parece evidente que quien no puede testar directamente, tampoco lo podrá hacer indirectamente y por tanto tampoco estará autorizado para otorgar poder testatorio. Mientras que el término "Si alguno non quisiere (…) ordenar por sí la manda" no suscita dudas, sí que lo hace la expresión "Si alguno (…) non pudiere ordenar por sí la manda", dudas que contesta SARRIÓN GUALDA[48]: "Desde el primer formulario castellano que conocemos en que se contiene un poder para testar (finales del s. XIV) ya se justifica la comisión testatoria a otro, a causa de la imposibilidad física «como quiez que esto ferido de una landre, so afincado de muy grandes dolores en tal manera que por mi mesmo non podría trabajar para faser e ordenar mi testamento e mi ánima según devía…". (ii) La Ley VII del Título V del Libro III establece la capacidad del *cabezal* luego es lógico pensar que le es de aplicación a la figura del comisario en el mismo Título regulado y de naturaleza no muy deslindada entonces[49]. (iii) Sucesores. Siguiendo a VÁZQUEZ LEMOS[50], diremos que el Fuero Real declaró la total libertad

[46] La Ley 1ª, del Título V de la 3ª Partida, llama al apoderado "personero" "aquel que recabda, o face algunos pleytos, o cosas agenas, por mandato del dueño dellas. E a nome personero, porque paresce, o esta en juycio, o fuera del, en lugar de la persona de otri". Afirma PÉREZ MARTÍN, Antonio, ("Mandato y representación en el derecho histórico", obra cit., pp. 244 a 250) que las Partidas no dedican un título especial al mandato sino que tratan de este contrato dentro de la fianza, que entonces el mandato y la procuración viene a ser lo mismo, salvo que ésta supone un poder por escrito y aquél puede ser únicamente verbal, y que la representación anudada a estas figuras es la indirecta como se demuestra por la exigencia de que el personero o procurador debe prestar fianza (Partidas 5.11.7-10).

[47] "Establecemos que los que non fueren de hedat, o non fueren ensu memoria, o en su seso, o los que fueren siervos, o los que fueren judgados a muerte por cosa atal que deban perder lo que an, o los que. fueren hereges, o omes de religion, o clérigos, de las cosas que tienen de sus iglesias, que non fagan mandas, e si las fideren non valan".

[48] SARRIÓN GUALDA, José. "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 228.

[49] "Mandamos que ningun siervo, nin religioso, nin muger, ninorne que non sea de hedat , nin loco, nin herege, nin judío , ninmoro, nin mudo, nin sordo por natura , nin orne que sea dado poralevoso o por traydor , nin orne que sea judgado a muerte, nin orneque sea echado de tierra, que non puedan seer cabezales en ninguna manda".

[50] VÁZQUEZ LEMOS, Ana (Universidad de Vigo, 2018), *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar* (Tesis doctoral). Recuperado de:

de testar sólo en ausencia de parientes del testador, pues si éste tenía descendientes (Ley XI, Título VI, Libro III) siguiendo la "Lex Visigothorum" y el "Fuero Juzgo"), sólo había un quinto (1/5) de libre disposición y un tercio (1/3) de mejora entre tales descendientes (siempre legítimos o ilegítimos en ausencia de los primeros).

d) Requisitos objetivos. No aparecen límites en el texto del Fuero Real, aparte el aparente sobreentendido para la doctrina citada de que el poder testatorio se limitaba a la elección del destinatario de las obras pías. Aunque de las Leyes de Toro se deduce que la práctica jurídica vigente el Fuero Real fue la de acoger la literal y más amplia interpretación de la institución.

e) Requisitos formales. Las investigaciones modernas, como las de NÚÑEZ IGLESIAS[51] identifican varias, así denominadas, "cartas de poder" o "cartas de poder e testamento" que se otorgaron en la práctica. "Carta", etimológicamente, en derecho tanto interregional español, como en el aragonés, como en derecho internacional comparado privado (países iberoamericanos), como en los ordenamientos jurídicos anglosajones es equivalente a "documento". El Fuero Real nada dice sobre el mandato ni el poder, aunque sí sobre el testamento (Ley I, Título V, Libro III[52]). La Ley XXIV del título XII de la Partida V caracteriza el mandato como consensual, luego no había forma específica alguna habilitada para el poder. Por fin, observa SARRIÓN GUALDA[53] que en la Baja Edad Media el poder testatorio, evoluciona de ser otorgado en un instrumento de poder ("estilo y formulismo es igual a cualquier otro apoderamiento") a un instrumento testamentario, precisamente por el progresivo acortamiento de las facultades del comisario y correlativo ensanchamiento de las disposiciones sucesorias ordenadas directamente por el causante.

f) Efectos pendientes la ejecución. Entre la apertura de la sucesión y el ejercicio del poder se suscita hoy en día la cuestión de la administración del patrimonio hereditario en ausencia de herederos y de albacea, pero, por alguna razón ninguno de los autores consultados lo trata. Quizás, y esto es deducción propia, bien porque el comisario era poseedor de buena fe y en nombre ajeno del caudal relicto[54] y por tanto su

---

http://www.investigo.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1039/Fundamentos_hist%c3%b3ricos_jur%c3%addicos_de_la_libertad_de_testar.pdf?sequence=1&isAllowed=y., pp. 209 y ss.

[51] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 255: "En la práctica anterior a las Leyes de Toro, el nombramiento de comisario se hacía por medio de un poder ante notario con la presencia de más de dos testigos; es decir, más testigos que los necesarios para un acto inter vivos".

[52] *Fuero Real de Alfonso X el Sabio* obra cit., pp. 75: "Todo ome que ficiere su manda, quier seyendo sano quier enfermo, fagala por escripto de mano de alguno de los escrivanos públicos, o por otro escripto en que ponga z su seello el que faz la manda , o en que faga poner otro seello conoscido que sea de creer, osi non por buenas testimonias : et la manda que fuer fecha en cualquier destas cuatro guisas, vala por todo tiempo si aquel que la fizonon la desficiere".

[53] SARRIÓN GUALDA, José. "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 255.

[54] Las Partidas tuvieron una regulación bastante completa de la figura, partiendo de la distinción respecto a la propiedad ("Propiedad y posesión son dos palabras que ha entre ellas un muy gran repartimiento. Propiedad quiere decir como el señorío que el ome ha en la cosa, e posesión quiere decir como tenencia" (ley XXVII, Tít. II, Partida III). Dando la definición de posesión (Partida III, Título 30, ley I) como "tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento" dentro de la cuál permite la posesión de cosas incorporales por analogía ("Ca las cosas que no son corporales (…), e los derechos porque demanda un ome sus deudas, e las cosas que non son corporales semejantes destas, propiamente no se pueden poseer, nin tener corporalmente, mas (…) es como manera de posession"). De su regulación, nos interesan tres aspectos: 1º. que (Partida III, Título 30, leyes II y X) se distinguía entre posesión natural y posesión civil, distinción que no es la del art. 430 CC, sino la del 431

administrador. Quizás también, porque el comisario por antonomasia, el viudo, tenía un derecho de usufructo sobre el peculio adventicio de los hijos (bienes que han entrado al patrimonio del hijo, no como fruto de su trabajo si no a título gratuito como donación, herencia o legado) y la viuda la cuarta uxoria o cuarta parte de los bienes si carece de otro sustento. O quizás porque la Ley XII[55] previó como facultad especial que el causante confiera al cabezal (albacea) la guarda del caudal hereditario y la de los hijos de aquél, lo que concuerda con la etimología de cabezal[56].

g) Ejecución. El ejercicio del poder por el comisario debería de producir iguales efectos que el testamento ordenado por el causante "vala asi como si la ordenase aquel quel dio el poder", luego es más que probable que guardara forma testamentaria como sucedió luego bajo las Leyes de Toro. La referencia a su ejercicio mediante donaciones es dudosa[57].

H) Extinción. No se previeron sus causas en el texto del Fuero Real como tampoco se previó los efectos de su frustración, por lo que, a falta de testamento del causante se abriría la sucesión intestada (ley I, del Título VI del Libro III).

2.2.3. Territorios o villas, o foros, en los que se apliquen Las Partidas. Según SARRIÓN GUALDA[58] "Las Partidas no permiten que la facultad para legar se atribuya a la libre voluntad de otra persona, pero sí al *arbitrio boni viri*, pues se puede acudir al criterio de «algun ome sabio», para ordenar el testamento y repartir los legados. Las Partidas siguen la opinión común de la doctrina del Derecho civil, que no admite la comisión a otra persona de institución de heredero, ni de los legados a la mera o libre voluntad de un tercero. En otra ley insisten Las Partidas en declarar inválido el legado si se confía a la mera voluntad de un tercero, pero será válido si se deja bajo condición suspensiva".

Pues bien, Alfonso XI pretende corregir la confusa prelación de fuentes del Derecho de Castilla mediante la promulgación del "Libro de las leyes" comúnmente conocido como el "Ordenamiento de Alcalá" para establecer un sistema unificado de fuentes del derecho castellano.

### 3. El Ordenamiento de Alcalá de 1348 y la sucesión por comisario.

---

CC o posesión personal vs. posesión por representación de modo que el apoderado tiene la posesión de facto y legal (ley III. En cuanto a propiedad en nombre de otro, (ley XXIX, Título II, Partida III.). 2º. que el poseedor debía ser respetado en la posesión (Partida III, Título 30, ley X), disponiendo al efecto de acción de defensa de la mera posesión, el actual interdicto de recobararla (Partida III, Título II, ley XXX). 3º. que el poseedor ejercitaba el uso y disfrute y pagaba los gastos, luego era el administrador (Partida III, Título XXVIII, ley XXXIX y ss.).

[55] "otrosi si el muerto manda a alguno que sea guardador de su fijo e de sus bienes…".

[56] MONLAU, Pedro-Felipe. *Diccionario etimológico de la lengua castellana: (ensayo) precedido de unos rudimentos de etimología*. Madrid, 1856, recuperado de https://bibliotecadigital.jcyl.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=31868. "Albacea. Del árabe alusaseia, albacea, precepto, mandato, lo que manda o encomienda, el testamento: de aquí aluasei, albacei, aquel a quien se encomienda alguna cosa. Cabezalero, *testamentario, ejecutor testamentario*". En mi opinión el uso de la palabra *cabezalero* es una confusión del origen etimológico de la palabra *testamento* que viene de *testa-mentis* medio de testificar, *testis*, no de *testa,* cabeza en español o italiano, que proviene de cubierta o tejado, *testa*, en latín.

[57] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 100.

[58] SARRIÓN GUALDA, José. "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 220.

La mayor importancia de este texto legal, a los efectos que nos ocupan, no es la regulación del poder testatorio, de la que carecía, sino que estableció en Castilla una prelación de fuentes en su Ley Primera del Título XXVIII: "Por que Leys se pueden librar los pleytos. Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas".

A decir de LALINDE ABADÍA[59], este sistema supone el fin de la costumbre y del decisionismo judicial como fuentes del Derecho y su sustitución por el decisionismo Real. Más concretamente "La integración del País Vasco en el reino de Castilla lleva consigo la vigencia del Libro de las leyes u Ordenamiento de Alcalá de 1348, sin que precise ninguna declaración al respecto. Sólo en Vizcaya, al confirmarse la foralidad de algunos lugares o aforarse nuevos núcleos urbanos, se indica en épocas posteriores al Ordenamiento de Alcalá que la concesión del Fuero de Logroño se hace en lo que no contradiga a aquél. En Álava y Guipúzcoa, y en la misma Vizcaya en los siglos siguientes, el Ordenamiento de Alcalá es aplicado sin discusión o aclaración".

Añadamos que el Ordenamiento de Alcalá supondrá un reforzamiento del Derecho escrito, por lo que en ausencia de normas sobre el poder testatorio en el propio Ordenamiento de Alcalá, la conservación de la sucesión por comisario vendrá a través de los Fueros territoriales y locales. En territorios con fueros locales vascos émulos del de Logroño o del Vitoria (que carecen de normas de derecho privado, o son insuficientes[60]), el poder testatorio se aplicará por remisión al Fuero Real, y en consecuencia, seguirá en el futuro la misma suerte declinante de la regulación de Castilla. En la Tierra Llana de Bizkaia, y los municipios alaveses de Llodio y Aramayona pervivirá la institución a través de su Fuero.

Y esta jerarquía normativa que arranca del Ordenamiento de Alcalá pasará a las Leyes de Toro, a la Nueva y a la Novísima Recopilación.

### 4. Las Leyes de Toro de 1505 y la sucesión por comisario.

En el siglo XVI, dice NAVAJAS LAPORTE[61], el Derecho español toma su forma definitiva al consolidarse como Derecho Real a través de estas Leyes de Toro. LALINDE ABADÍA[62] las disecciona: "La primera parte trata de aclarar el ordenamiento general, confirmando de manera expresa el orden de prelación del ordenamiento de Alcalá y revocando la Ley de Citas de 1499. La segunda parte acomete una regulación parcial de las instituciones, incidiendo sobre el Derecho de familia y sucesiones…" (cfr. Ley I).

Las Leyes de Toro regulan detalladamente el testamento por comisario, al que se dedican las número 31 a 39, que comienzan declarándole su suspicacia: "Porque muchas veces acaece, que algunos porque no pueden, o porque no quieren fazer sus

[59] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 263.
[60] NAVAJAS LAPORTE, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa* (tesis doctoral). Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, San Sebastián, 1975. Versión facsímil. AVD/ZEA, 2009. ISBN 978-84-7752-455-6, pp. 37.
[61] NAVAJAS LAPORTE, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 48 y 49.
[62] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*. Obra cit., pp. 334.

testamentos, dan poder a otros que los fagan por ellos, e los tales comissarios fazen muchos fraudes y engaños con los tales poderes, estendiendose mas de la voluntad de aquellos que se lo dan, por ende, por evietar los dichos daños, ordenamos e mandamos que de aquí adelante, el tal comissario no pueda por virtud de tal poder hazer heredero en los bienes del testador, ni mejora del tercio ni de quinto, ni desheredar a ninguno de los fijos o descendientes del testador, ni les pueda substituyr vulgar ni pupillar, ni ejemplarmente, ni hazerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos o descendientes del testador, salvo sy el que le dio el poder para fazer testamento especialmente le dio el poder para fazer alguna cosa de las susodichas. En esta manera el poder para fazer heredero nombrando el que da el poder por su nombre quien manda quel comissario faga heredero, e en quanto a las otras cosas, señalando para que le da el poder, e en tal caso el comissario pueda hazer lo que especialmente el que le dio el poder señaló e mandó, y no mas".

La mayor importancia de las Leyes de Toro para el Derecho Civil de Bizkaia es que, tanto su normativa, de subsidiaria vigencia en Bizkaia, como las preguntas que sobre su aplicación formularán los tratadistas[63], van a marcar los hitos reguladores fundamentales que se verán igualmente en la aplicación del Fuero de 1526, la Compilación de 1959, la Ley 3/1992 y la LDCV. Sin duda ello también está relacionado con la falta de doctrina sobre el Derecho civil propio de Bizkaia hasta finales del siglo XIX, como pone de manifiesto MONREAL ZIA[64].

*4.1. Licitud y naturaleza.* La Ley 31 de Toro reduce significativamente las facultades del comisario. El apoderado general sólo puede ordenar las mandas *pro anima*. Y el comisario con poder especial sólo será un mero distributario, o sea, únicamente puede dividir la herencia entre las personas señaladas por el propio testador (elección *in incertum de certis*). No obstante dicha reducción en potestades, su naturaleza jurídica como representante del difunto no se ve perturbada. En dicho sentido, SARRIÓN GUALDA[65] sostiene con convincentes argumentos que este comisario es un verdadero apoderado *post mortem*, no es un mandatario porque no es precisa su aceptación para la institución de la figura, ni tampoco es un ejecutor universal con poderes extraordinarios (albacea) como sostiene NÚÑEZ IGLESIAS[66], pues es absurdo que el testador de poder al comisario y nombre además un ejecutor o albacea.

[63] Recuerda DE JADO Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 269: "Ahora bien; como el Derecho común vigente, el Código civil, prohíbe el testamento por comisario, hay imposibilidad de que sea supletorio del Fuero en esa materia, luego necesariamente tiene que serlo el Derecho común anterior que admitía esa clase de testamento y si no se quiere conceder el que sea supletorio como tal Derecho común por haberlo derogado el Código civil en su disposición final. Vendrá a ser supletorio como Derecho consuetudinario" y "En las leyes de Toro encontramos resueltas las omisiones de que adolece la ley del Fuero y lo dispuesto en aquellas ha de suplir la deficiencia de ésta".

[64] MONREAL ZIA, Gregorio. "Codificación civil y legislación foral de Bizkaia", en *Anuario de historia del derecho español*, Tomo LXXXII, 2013. ISSN 0304-4319, pp. 188. "El Fuero civil vizcaíno (…) no fue objeto de estudio sistemático durante la Edad Moderna. Conocido por los prácticos del Derecho –jueces, abogados, escribanos– no se cultivó, ni aun tardíamente, en las aulas universitarias de Oñate, y muchos menos en las Universidades castellanas, aunque quizás fue objeto de tesis de graduación de doctores".

[65] SARRIÓN GUALDA, José. "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 237.

[66] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 111.

*4.2. Requisitos subjetivos.* Seguimos a SARRIÓN GUALDA[67].

4.2.1. Comitente. Parece evidente que quien no puede testar directamente, tampoco lo podrá hacer indirectamente. Novedad es que la Ley 4 de Toro, en contra de la Ley V del Fuero Real permite otorgar poder testatorio al condenado a muerte civil o natural. En cuanto a la expresión (Ley 31) "porque no pueden facer sus testamentos", presupuesto del testamento por comisario, los Comentaristas citados por tal autor entienden que la impotencia de que habla la norma no se ha de entender absoluta, sino relativa, que le impide se ejecute el acto sin mucho trabajo e incomodidad.

4.2.2. Comisario. Pueden ser uno o varios y actúan mancomunadamente y en caso de empate se resuelve por la Autoridad (Ley 38[68]). Como principio general puede encargarse la testamentificación a aquellos que tienen capacidad legal para testar por sí mismos[69]. Se admite que la mujer sea comisario, y esto es importante, por se defiende por recurso a la analogía con la figura del albacea. Pero se debatió en la doctrina contemporánea a la normativa que estudiamos si se perdía el cargo por pasar el cónyuge a segundas nupcias[70], pronunciándose a favor de la conservación por analogía con el albacea y en contra por la causa de inhabilidad para suceder (Partida IV, Título XII, Ley 3) y Fuero Real (Libro III, Título XII, Ley 9). También se discutió la revocación tácita por enemistad. Se afirma el carácter indelegable y no heredable del cargo de comisario.

4.2.3. Sucesores[71]. La libertad de elección del sucesor por el comisario se reduce notablemente aunque tenga poder especial, pues aun en este caso la ley 31 exige al testador que determine el rango de beneficiarios y los demás extremos a que deba ajustarse el encargo del delegado: "En esta manera el poder para fazer heredero nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda quel comissario faga heredero, e en quanto a las otras cosas, señalando para que le da el poder, e en tal caso el comissario pueda hazer lo que especialmente el que le dio el poder señaló e mandó, y no mas". Lo que según los autores contemporáneos no privaba al comisario de la substancia de su elección, pues podía institiuir o no al nombrado, y, además, no era necesaria su designación con nombre y apellidos si de alguna manera era posible conocerlo. También se discutió por la doctrina de la época si, como en Las Partidas y el Derecho común debía el comisario limitarse a elegir una persona dentro de un grupo

[67] SARRIÓN GUALDA, José "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales". Obra cit., pp. 228 y ss.

[68] Cfr. art. 18 Compilación, art. 40 LDCV. Art. 43 Ley 3/1992 para Bizkaia, no así para Gipuzkoa donde el comisario sólo puede ser el viudo (art. 164 Ley 3/1992).

[69] Explica SARRIÓN GUALDA, José, "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro…", obra cit., pp. 246, que el poder testatorio mutó poco a poco de instrumento formal de poder a instrumento formal de testamento: la "práctica muy anterior a las Leyes de Toro de «ensanchar» cada vez más el contenido y cláusulas del poder en el que se contenía sustancialmente la última voluntad del poderdante-testador, que encomendaba al comisario un círculo de disposiciones ad pias causas cada vez más reducido, determinó que el poder adquiriera naturaleza de auténtico testamento, como se deduce del inciso final del artículo 33, como luego expondremos más extensamente: «Pero lo que el testador le mandó señalada e determinadamente señalando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que había de hacer el tal comisario sea obligado a lo facer; y, si pasado el dicho término, no lo fiziere, que sea habido como si tal comisario lo fiziere o lo declarare»".

[70] Cfr. art. 48.4 Ley 3/1992 y art. 45.4 LDCV.

[71] Se elimina como legitimario al viudo. Se introduce a los ascendientes como legitimarios en defecto de descendientes, con derecho a dos tercios (2/3) de la herencia (ley 6) y se mantiene (leyes 17 y 18) la legítima de los descendientes del tercio y del quinto, pero ahora, además de la tercera parte, la quinta parte de la herencia también puede ir a alguno de sus hijos o descendientes legítimos. Además, la mejora podía consistir en la entrega concreta de bienes al mejorado por medio de contrato entre vivos.

determinado por el testador *in incertum de certis*. Hasta aquí el poder especial, pues por el contrario, si el poder era general, el comisario no tenía facultad de elección de sucesor en absoluto, sólo la de ordenar las mandas *ad pias causas* contra el quinto de libre disposición.

*4.3. Requisitos objetivos.* Si el poder es general (Leyes 32 y 37), aparte de pagar las deudas y cargas del testador, el comisario sólo recibe el encargo de hacer un testamento *ad pias causas* contra el quinto de libre disposición y el resto va a los parientes del causante (abintestato). Interpretando conjuntamente las Leyes 31 y 32 mediante poder especial al efecto, aunque el testador no puede encomendar al comisario el nombramiento de heredero, sí que puede delegarle las facultades de desheredar, mejorar, sustituir vulgar, pupilar y ejemplarmente y, según la doctrina, pese al silencio de la Ley, hacer legados, si bien en todos los casos bajo el expresado principio *in incertum de certis*. Los eruditos igualmente trataron cuestiones cuya transcendencia trazamos hoy en día, tales como[72] el Mayorazgo (léase en Bizkaia, troncalidad[73]), designación de tutor, nombramiento de albaceas, o si el comisario podía favorecerse a sí mismo o a su progenie, posible irrevocabilidad del poder, delegación de la facultad de mejorar entre cónyuges[74].

*4.4. Requisitos formales.* La Ley 39 de Toro exige otorgar el poder testatorio ante escribano y testigos (*testamento in scriptis*). Ya hemos visto que su forma mutó poco a poco del instrumento formal de poder al de testamento.

*4.5. Efectos.* Hasta el ejercicio del poder testatorio nada se previó sobre administración del caudal, usufructo, etc. Suponemos válidas las mismas consideraciones hechas arriba acerca del régimen bajo el Fuero Real. En cuanto al ejercicio del poder testatorio, se prohíbe al comisario alterar el propio testamento del causante salvo si se le autorizó al efecto (Ley 34). Lo hecho por el comisario deviene

[72] SARRIÓN GUALDA, José, "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro…", obra cit., pp. pag. 249 y ss. DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 269, afirma que "En las leyes de Toro encontramos resueltas las omisiones de que adolece la ley del Fuero y lo dispuesto en aquellas ha de suplir la deficiencia de ésta.", costumbre de la que se lamentó CELAYA IBARRA, Adrián, p.ej. en *Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4, pp. 139 y 304.

[73] Cfr. art. 23 Compilación; art. 57 Ley 3/1992 y art. 33.2 LDCV. Para LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 627, la troncalidad se origina en Bizkaia como una popularización en la clase baja del mayorazgo originada por la liberalización impulsada por los Reyes Católicos.

[74] Dice NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 249 que "Aunque la ley no decía nada de la limitación del encargo entre marido y mujer, los autores dejaron caer la existencia de una costumbre que limitaba la confianza de la facultad de mejorar al círculo de los cónyuges; o que Peláez de Mieres afirmó explícitamente como una práctica habitual 887. Y esta atribución entre cónyuges de la facultad de mejorar, al amparo de la legislación de Toro, fue especialmente usada en Galicia".

irrevocable (Ley 35)[75]. El ejercicio del poder guardaba forma testamentaria y se podía autorizar al comisario a efectuar la atribución por donación[76].

*4.6. Extinción.* En resumen de SARRIÓN GUALDA[77], concurren las siguientes causas: muerte del apoderado, revocación expresa o tácita, sufrir cierto tipo de pena, enemistad sobrevenida, impedimento o locura del comisario, revocación del cargo por sospecha, transcurso del plazo para ejercerlo. Mucho se debatió del plazo, extremadamente corto (4 ó 6 meses o un año) pero se admitió que como el plazo es en beneficio del testador, por lo que éste podía ampliarlo o limitarlo, según su voluntad[78]. La frustración del poder testatorio (Ley 37) daba lugar a que los herederos debieran ordenar las mandas pías del causante contra el quinto de libre disposición.

Concluye LALINDE ABADÍA[79] que el Derecho Real en esta época termina por asfixiar la costumbre como generadora del Derecho local, pues se exige ser probada. También los fueros locales van siendo objeto de aplicación restrictiva y se exige en la Corte su prueba para ser aplicados. Ello dará lugar al declive de la aplicación práctica del Derecho local a favor del auge del Derecho Real y el consiguiente declive del poder testatorio por aplicación de las Leyes de Toro.

## 5. La Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.

La "Recopilación de Leyes de estos reinos", más conocida como la "Nueva Recopilación de Leyes de Castilla" o simplemente "Nueva Recopilación" es el *corpus iuris* de la Corona de Castilla (y León), sancionada oficialmente el 14 de marzo de 1567

---

[75] Citan GARCÍA ROYO, Luis, *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo II, obra cit., pp. 300 y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, en "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. 181, las STS de 22-10-1864 y 31-03-1876 (ésta sobre el heredero distribuidor mallorquín) que recuerdan que el 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.

[76] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 259.

[77] SARRIÓN GUALDA, José, "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro…". Obra cit., pp. pag. 258. En las pp. 268 a 270 cita a Carpio cuya relación de causas es casi por orden la establecida en los art. 47 y 171 Ley 3/1992 y 45 LDCV: ""*Primera: «si commissarius officium injunctum non agnoverit»; y añade: «ex eius voluntate finitur». Concebido el encargo como un mandato, en realidad no puede decirse que finalice ex voluntate, pues sin consentimiento, aunque sea tácito, no puede surgir; pero Carpio lo afirma. Segunda: «mors commissarii», pues en el mandato la muerte del mandatario lo extingue. Tercera: «ex revocatione mandati (…) commissario injuncti»; y la revocación puede ser tácita. Cuarta: «ex mutatione status in deterius». Pero bien entendido que el* comisario *«qui habet facultatem nominandi, seu declarandi, non perdit eam per deportationem», sino por condena a una mina (damnationem in metallum). Quinta: «extinctionis officii, seu mandati, elicitur ex inimicitia [...] superveniente»; es decir, enemistad posterior al nombramiento del* comisario*. Sexta: «ex impedimento, seu furore (...) mandatarii». Séptima: si «ex suspicione [...] remotus fuerit ab officio». Octava: «ex transcursu temporis, seu termini assignati et constituti, ex quo perimitur officium». Novena: «ex eius complemento seu executione», también si el encargo es cumplido por otro. Décima: «ex causa cessante, ad quam officium, seu mandatum fuit constitutum». A éstas habría que añadir otras causas, contempladas para el ejecutor en el derecho común, como la extinción del encargo hecho a una mujer cuando vivía lujuriosamente, y que se trasladan al* comisario*. Esta causa, Peláez de Mieres la considera expresamente cuando el marido deja a la mujer la facultad de testar por él y, tras su muerte, ella vive lujuriosamente: «per hoc videtur reuocare mandatum»*".

[78] Siglos después y en dicho sentido, la STS 19-09-1863.

[79] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 337 y 338.

por el Rey Felipe II. Las Leyes V a XII del Título IV ("De los testamentos y comisarios") del Libro V reproducen y sancionan la vigencia de las Leyes 31 a 39 de Toro. La "Novísima Recopilación" sancionada por Carlos IV en 1805 incluye las Leyes I a VIII del Título XIX del Libro X[80] sobre "De los comisarios testamentarios" que igualmente reproducen y sancionan la vigencia de las Leyes 31 a 39 de Toro.

Esta es pues la regulación inmediatamente anterior a la publicación del Código civil. En dicha tesitura el testamento por comisario era prácticamente inútil a decir de CASTÁN TOBEÑAS[81] "porque si poder era general estaba la ley, y si era especial, testaba el poderdante".

Sin embargo, a decir investigaciones más modernas, como las de SARRIÓN GUALDA o NÚÑEZ IGLESIAS[82], el poder testatorio alguna vida debió de tener en esta última fase del Derecho de Castilla, como el ejemplo del testamento de Gaspar de Jovellanos en 1807 y el hecho de reproducirse en el Proyecto de Código Civil de 1836 los artículos, casi al pie de la letra, de las Leyes de Toro, cambiándose de criterio en el Proyecto de 1851 que suprimía la institución como efectivamente hizo el Código Civil de 1889. Y aunque debió de estar en declive no era inusual como se deduce las ya citadas Disposiciones Transitorias Segunda y, especialmente, la Duodécima del Código civil. SAPENA TOMÁS[83] refiere una Colección de Formularios de escrituras publicadas por el Colegio de Notarios de Valencia en 1862, en la cual se atribuyen al apoderado, junto con las facultades propias del albacea y del contador partidor, la de hacer a cualquiera de los hijos "la mejora que estime", instituyendo "en el remanente de todos sus bienes" herederos a dichos hijos.

## III. El CÓDIGO CIVIL.

La Base 15ª, acerca de "el tratado de las sucesiones", de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 no reguló la figura del poder testatorio pero la Base 1ª al fundar el actual Código civil en el Proyecto de 1851 («Proyecto García Goyena») dio lugar a que los art. 670 y 831 CC fueran remedos del art. 558 y 663 de dicho Proyecto y por tanto contemplaban con desconfianza la sucesión por comisario.

Para CASTÁN TOBEÑAS[84], la delegación para testar era contraria a la esencia y principios de la sucesión testada, y, además, según ya hemos dicho, resultaba inútil en la práctica, desde que se la sometió a las considerables restricciones de las leyes de

[80] "Novísima recopilación de las Leyes de España". Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2.
[81] CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II. Ed. Reus, Madrid, 1931, obra cit., pp. 81.
[82] SARRIÓN GUALDA, José. "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 267. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. apéndice 18.
[83] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)" *Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, cuaderno nº 77, 2010. ISBN exento, pp. 10.
[84] CASTÁN TOBEÑAS y TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1931, pp. 81 y 84.

Toro. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO[85] entiende que si el testamento por comisario es que tenía lugar cuando una persona capaz para otorgar testamento confería poder a otra persona para que lo llevase a efecto, esto es, una mera fiducia, o postergación de los efectos del testamento a través de la instrucción al comisario para revelarla, sin prever la impotencia del causante para la ordenación de su sucesión, sino todo lo contrario, es más fácil y menos molesto que el testador otorgue directamente el testamento. Añade CASTÁN TOBEÑAS[86] que pronto pareció haber una contradicción entre los art. 670 y 671 CC mas esta disposición, así como la de los art. 747, 749 y 1057, no constituyen en realidad excepción ninguna al criterio absolutamente prohibitivo del 670, pues se refieren a la ejecución testamentaria y no a la formación del testamento y cita al efecto la RDGRN de 10-09-1903.

También prohibió el Código civil en su art. 785.4º CC el testamento instituyendo fidecomiso, con instrucciones reservadas al fiduciario, sobre la aplicación y distribución de bienes de la herencia.

El resto del estudio del Código civil lo remitimos al apartado correspondiente sobre el fondo de esta tesis, no a la parte histórica que ahora tocamos.

## IV. ÁLAVA.

Tras la entrada en vigor de la LDCV hay un Derecho Civil Vasco unificado alrededor, fundamentalmente de las instituciones sucesorias. No obstante esto no ha sido así hasta durante siglos, durante los cuales el Territorio Histórico de Álava ha tenido ciertas especialidades jurídicas en las que merece la pena detenerse.

### 1. La preponderancia del Derecho de Castilla.

Álava tuvo históricamente, un triple régimen jurídico-civil, fruto del ensamblaje progresivo de los territorios que la compusieron originariamente. Desde la "Voluntaria entrega" de Álava a la Corona de Castilla en 1332 regirá en aquélla el Fuero Real, que ya se venía aplicando en la ciudad de Vitoria desde 1271, tras concesión de Alfonso X el Sabio, con algunas excepciones, como veremos de seguido.

### 2. Las comarcas alavesas con Derecho civil propio.

No obstante, las comarcas unidas a Álava con posterioridad a 1332 que tenían legislación civil distinta de la castellana la conservaron al entrar en la Hermandad Alavesa. Así sucedió a Aramayona, que entró en la Hermandad de Álava en 1489, pero con la expresa reserva de que "les finquen a salvo sus privilegios, esenciones, buenos usos et costumbres que tienen", por lo que siguió rigiendo la normativa vizcaína. Llodio, entró en la Hermandad de Álava por Real Provisión de los Reyes Católicos dada en Valladolid el 15 de febrero de 1491, la cual contenía similar expresión. Por esto Llodio y Aramayona se han regido siempre, y se rigen hoy, por la legislación civil vizcaína. Ayala entró en la Hermandad alavesa por sus Ordenanzas de 4 de marzo de

[85] MANRESA Y NAVARRO, José-María *Comentarios al Código civil español*. Tomo V. Obra cit., pp. 205 y 206.
[86] Íbidem.

1463 (aprobadas por los Reyes Católicos en Zaragoza, el 15 de enero de 1488) pero conservó íntegros sus Fueros, conforme a su amejoramiento de Fueros de 1469 y la escritura de iguala y avenencia de 20 de septiembre de 1487 confirmada por los Reyes Católicos en Jaén el 10 de septiembre de 1489.

Por tanto, el estudio de Álava en gran parte lo es del Derecho común y en otro (Llodio y Aramayona) del vizcaíno, a los que respectivamente nos remitimos cuando abordemos las respectivas regulaciones en la parte de esta tesis que aborde la actual regulación positiva.

Sólo resta introducir la perspectiva histórica del poder testatorio en Ayala, cuyo régimen normativo estudiaremos junto con el resto del Derecho civil interregional comparado.

### 3. El Fuero (civil) de Ayala.

Conforme al art. 88.1 LDCV, el Fuero de Ayala rige en los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo y en cuatro pueblos pertenecientes al municipio de Artziniega (Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti), pero no en esta villa, dado que cuando la villa de Artziniega se incorporó a Ayala se efectuó manifestación expresa de seguir rigiéndose por el Derecho Común. Ello no supone modificación alguna respecto de la regulación anterior contenida en la Compilación y en la Ley 3/1992. Esta última previó un régimen de extensión del Fuero de Ayala a otros poblados y municipios (art. 132) pero no hubo caso conocido alguno.

Para GOIKOLEA MARTÍN[87] "Antes de la Compilación, DE URIARTE LEBARIO recopila cuatro opiniones de autores que hablan del Fuero con diferente extensión territorial: al hablar de la comisión de la redacción del Apéndice, proyecto de 1900, incluye dos propuestas defendiendo, con base en el Derecho Histórico, y en la práctica, ámbitos de aplicación superiores al que resulta de la Compilación. Sin embargo, de acuerdo con el criterio restrictivo del Código Civil y sus sistemas de Apéndices, se adoptó el ámbito menor en extensión del que se tenía constancia, y éste pasó a la Compilación. Un argumento importante esgrimido es la ausencia de restos escritos. Pero ello resultaba difícil dado que la tradición del Fuero era contraria a la documentación escrita (capítulos 29 y 35 del Fuero de 1373). Por otro lado, a diferencia de Amurrio, estamos hablando de zonas sin Juzgados, Notarías ni Registros. En resumen, del propio Fuero, esencialmente en 1487, redacción base, y de los autores que lo trataron antes de la aplicación del Fuero de Ayala y el que se maneja habitualmente, el de la Compilación, es el criterio más restrictivo entre todos los discutidos. Criterio que es el que ha pasado a la Ley 3/92 de 1 de Julio y a la actual LDCV".

[87] GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel. "Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)", en, Andres-María 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, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 716.

Vamos a tratar de seguido el *usufructo poderoso* ayalés, ciertamente semejante al *poder testatorio*, pese a sus diferencias históricas señaladas por CELAYA IBARRA y DE URIARTE LEBARIO[88].

*3.1. El Fuero de Ayala y el usufructo poderoso desde la Baja Edad Media a la Compilación de 1959.* El Fuero de Ayala de 1373 se recopila por escrito en 1373 en los tiempos de Fernán Pérez de Ayala, padre del Canciller de Ayala. Consta este Fuero de 95 capítulos, varios de ellos traídos del Fuero Real[89], lo que en algún punto provoca alguna contradicción con los capítulos tomados de la costumbre ayalesa. Señalan DE URIARTE Y LEBARIO y CELAYA IBARRA[90] como "fundamental" el capítulo XXVIII, que consagra la más absoluta libertad de testar, santo y seña del Fuero de Ayala: «Otrosí, todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte de ello a quien quisiere, por Dios, é por su alma o por servicio que le hizo». Posteriormente, el Aumento del Fuero de 1469. Concedido por el Mariscal García López de Ayala consta de 16 capítulos y, en lo fundamental (ap. I) confirma los fueros anteriores. Finalmente se otorga por los vecinos de Ayala es aprobada por Pedro López de Ayala en la Junta General de la Tierra de Ayala de 29 de septiembre de 1487 y confirmada por los Reyes Católicos en Jaén el 10 de septiembre de 1489 una concordia o acuerdo por la que los ayaleses, considerando que sus Fueros no escritos se prestaban a muchas confusiones, renunciaban a sus leyes antiguas y que se acogían al Fuero Real, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá excepto en tres capítulos el más interesante de los cuáles, al objeto de este trabajo, es nuevamente la libertad de testar «escepto que en las herencias e subcesiones de los bienes de cualesquier vecinos de la dicha tierra, que puedan mandar e testar por testamento o manda o donación de todos sus bienes o de parte dellos a quien quisieren, apartando sus fijos é pariente con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren…». Por esta absoluta libertad de testar seguirá reconociéndose el Fuero de Ayala hasta hoy en día, inclusive".

Pero no contienen ninguno de dichos fueros referencia al *usufructo poderoso*, institución que es próxima a un poder testatorio, que es otorgado tradicionalmente entre cónyuges para que una vez fallecido uno de ellos, usufructúe la herencia y la atribuya a su prudente arbitrio entre hijos y descendientes comunes. Según DE URIARTE Y

---

[88] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit, pp. 579 y DE URIARTE LEBARIO, Luis-María. *El Fuero de Ayala*. Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1974, ISBN 500-6434-8, pp. 90 y 91. 1º El comisario puede ejercitar el poder que le otorga el comitente en actos *inter vivos* o *mortis causa*, del mismo modo que el usufructuario poderoso dispone, en cualquiera de estas formas, de los bienes que usufructúa. 2º Es lo más frecuente en Bizkaia que el poder testatorio se otorgue por un cónyuge a favor del otro, para que éste instituya heredero entre los hijos comunes, como en Ayala el cónyuge premuerto otorga el usufructo de sus bienes al superviviente, autorizándole para disponer de ellos a favor de todos o alguno de los hijos de ambos. 3º La razón principal que alega la Comisión especial codificadora para conservar en Bizkaia el testamento por comisario es análoga a la aducida para designar poderoso usufructuario; y aquí transcribe de URIARTE la cláusula de un testamento otorgado en 1851 en Barambio en la que se justificaba la facultad concedida de elegir sucesor por ser todos los hijos de los otorgantes de corta edad, "no siendo posible prever cuál o cuáles de ellos hayan de merecer las atenciones de sus padres". A pesar de esta notoria influencia, sigue diciendo DE URIARTE existen fundamentales diferencias entre ambas instituciones, y apunta especialmente dos: que en Bizkaia se impone un plazo al comisario y que éste no goza nunca del usufructo, aunque el propio DE URIARTE anota la práctica consuetudinaria vizcaína de prorrogar indefinidamente el poder y conceder al viudo el usufructo universal".

[89] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María. *El Fuero de Ayala*, obra cit., pp. 47.

[90] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, *El Fuero de Ayala*, obra cit., pp. 43. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 564.

LEBARIO, GARCÍA ROYO y ANGOITIA GOROSTIAGA[91], la vigencia de dicho *usufructo poderoso*, pese al silencio del Fuero de 1372, su *Aumento* de 1469, o el Fuero de 1487, se hallaría en dicha costumbre, amparada por el antiguo art. 12, párrafo 2º CC conforme al cual las provincias y territorios en que subsistiera el Derecho Foral lo conservarían por ahora en toda su integridad, sin que sufriera alteración su régimen jurídico, escrito o consuetudinario por la entrada en vigor del Código. Efectiva vigencia de los Derechos forales consuetudinarios que fue ratificada genéricamente por la STS de 09-04-1898 y concretamente la del *usufructo poderoso* por el AAP de Burgos de 12-01-1898. En el mismo sentido de acreditar la pervivencia consuetudinaria de la institución, comenta URRUTIA BADIOLA[92] que Bonifacio de Echegaray Corta en 1930 presentó ante la Sociedad de Estudios/Vascos-Eusko Ikaskuntza una moción sobre el Proyecto de Apéndice de Derecho civil foral vasco de Bizkaia. En la misma Echegaray recuerda la ausencia en la regulación propuesta del usufructo poderoso de Ayala. También en 1930 lo manifiesta DE URIARTE LEBARIO[93] y en 1932 DE MADARIAGA AZCUENAGA[94].

*3.2. El Fuero de Ayala y el usufructo poderoso en la Compilación de 1959.* Posteriormente, la Ponencia de 1950 de la Comisión de Juristas de Derecho Foral de Álava dirigida a la Comisión General de Codificación propone la conservación del usufructo poderoso[95]. Y la E.d.M. de la Compilación de 1959 afirma claramente "*El reconocimiento de la más amplia libertad de disposición de los bienes para los ayaleses lleva implícito el mantenimiento de la peculiarísima institución de este Fuero llamado «usufructo poderoso"* pero en el texto normativo no aparece regulada, si quiera confirmada, la figura.

Por tanto parece clara la pervivencia de la figura del *usufructo poderoso* hasta la Compilación de 1959, tras cuya entrada en vigor, discrepa la doctrina sobre si subsistió. DE URIARTE ZULUETA[96] y RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO[97] realizaron sus

[91] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, *El Fuero de Ayala*, obra cit, pp. 92. GARCÍA ROYO, Luis, *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo II, obra cit., pp. 151. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*. Diputación Foral de Álava, Vitoria/Gasteiz, 1999. ISBN 84-7821-401-1, pp. 31.

[92] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*. AVD-ZEA, 2013. ISBN: 978-84-7752-529-3, pp. 62.

[93] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, "Ponencia sobre el Proyecto de Apéndice del Código Civil para Vizcaya y Álava (1930) de Luis María DE URIARTE y Lebario", en Urrutia Badiola, Andrés-María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. documento nº 6.

[94] DE MADARIAGA AZCUENAGA, Ramón, *El Derecho Foral de Vizcaya en relación con la organización familiar*, obra cit., pp. 10.

[95] "Ponencia de la Comisión de Juristas de Derecho Foral de Álava (julio 1950) sobre el derecho escrito y consuetudinario de Ayala. Fecha de entrada en el Ministerio de Justicia 15-VI-1953) En URRUTIA BADIOLA, Andrés-María *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. documento nº 28.

[96] DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María *El Fuero de Ayala. Su regulación en la Ley de Derecho Civil del País Vasco*. Zárate y asociados, Vitoria-Gasteiz, 1996. Sin ISBN, pp. 14. Matiza algo más sus palabras "En 1959 se aprueba la Compilación civil de Vizcaya y Álava. Sólo recoge el derecho escrito, y queda por lo tanto eliminada la costumbre, como fuente del Derecho foral. La Exposición de Motivos hacía una referencia entusiasta al usufructo poderoso, pero al no ser recogido en el texto, tal usufructo desapareció, aunque al parecer se ha utilizado en algunos casos después de 1959".

[97] RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, "El Fuero de Ayala" en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996, Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 203. "Esta figura. tradicional en la Tierra de Ayala, era alabada por todos los estudiosos del tema. hasta por la exposición de motivos de la Compilación de 1959, que se felicitaban

respectivos estudios documentales de los que dedujeron la extinción de facto de la institución. En la posición contraria militó CELAYA IBARRA[98] quien afirmó que sobrevivió porque, siempre según su interpretación, el art. 133 del Proyecto de Apéndice al Código civil de 1928 dijo "continuará aplicándose como hasta aquí el Fuero de Ayala". Y entendió dicho autor que el art. 62 de la Compilación de 1959, derivado del anterior, viene a decir lo mismo, o sea, que continuará aplicándose el Fuero de Ayala tradicional. También ANGOITIA GOROSTIAGA y DE URIARTE ZULUETA[99] consideran vigente el *usufructo poderoso* durante el tiempo en que la Compilación de 1959 rigió el Derecho civil de Ayala, fundándose en que la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, declaró su existencia consuetudinaria en su E.d.M.

Sin embargo creo que esta declaración en la E.d.M. de la Ley 3/1992 es exactamente la prueba de que se declaró retrospectivamente su vigencia durante el período de aplicación de la Compilación de 1959 pues aquélla fue obra de CELAYA IBARRA[100] quien comienza diciendo "el consuetudinario «usufructo poderoso» (…) como una figura nacida al amparo de la libre disposición, cuyo arraigo en la tierra de Ayala resulta fácilmente contrastable" y termina dicha E.d.M. en el apartado "metodología", afirmando "o como el usufructo poderoso ayalés, en el que la falta de desarrollo ha impedido de hecho su aplicación".

Con independencia de la cuestión sobre si el *usufructo poderoso* sobrevivió o no a la Compilación, se plantea la cuestión de si dicha institución fuese considerada innecesaria en su regulación, ora porque para llegar a la misma meta, según DE URIARTE LEBARIO[101] se pueda recurrir a una sustitución fideicomisaria con el cónyuge de fiduciario y los hijos comunes de fideicomisarios; figura que reconoce

---

por su interés y vigencia. Sin embargo, durante el proceso de estudio para la elaboración de esta ley se realizó una investigación sobre los protocolos de Amurrio, con el resultado de que, en una amplia muestra de testamentos desde 1959, no aparecía ni una sola institución de usufructuario poderoso. Las normas imperativas del Código Civil pesaban demasiado, y ante la posible colisión de esta figura con el Código Civil, supletorio (con preferencia a la costumbre y a la tradición jurídica), y su artículo 670, se prefería utilizar la institución de heredero, con dos transmisiones antes de llegar los bienes a su destinatario final. Esto hacía más necesaria la regulación de la figura, que incluye en su contenido clásico un derecho de usufructo al que van unidas facultades de designación de heredero".

[98] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 433.

[99] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp.31. DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María. "Consecuencias en Álava de la Reforma del Derecho Ayalés y Vizcaíno". En *La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque*, Azpilcueta, cuadernos de Derecho, San Sebastián 1998. ISSN 1138-8552, pp. 74.

[100] CELAYA IBARRA, Adrián. "Hacia una ley civil vasca", en *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº extraordinario, junio 2007. AVD-ZEA, Bilbao 2007. ISSN: 1888-0525, pp. 18: "Creo que los aspectos más positivos de la ley de 1992 se recogen en su exposición de motivos que yo mismo redacté".

[101] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, "Ponencia sobre el Proyecto de Apéndice del Código Civil para Vizcaya y Álava (1930) de Luis María DE URIARTE y Lebario" en URRUTIA BADIOLA, Andres-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. documento nº 6: cabe lograrlo, al menos en gran parte, instituyendo heredero al cónyuge del testador, con la condición de que no pueda disponer de los bienes a título lucrativo ni oneroso mas que a favor de uno, alguno o todos los, hijos comunes, y como; no tenemos el prurito de mantener particularidades forales que no sean precisas para la satisfacción de evidentes necesidades de la familia y de la sociedad, nos abstendremos de tratar de1 poderoso usufructo a pesar de su indudable importancia histórica y doctrinal".

existente SANS URANGA citado por CELAYA IBARRA[102], ora por la vía de la institución de heredero único a favor del cónyuge supérstite con apartamiento de los descendientes.

En cualquier caso, la traza histórica de la plasmación del usufructo poderoso más técnica la encontramos una comunicación de la Comisión de Juristas de Bizkaia y Álava de 13 de julio de 1953 dirigida al Ministerio de Justicia cuya conclusión tercera estableció[103]: "SEGUNDA. Igualmente se propone la consagración escrita de la costumbre que da fuerza legal al usufructo poderoso, con la redacción siguiente: "Los sometidos al «Fuero de Ayala»; podrán, por testamento, nombrar usufructuario de todos sus bienes al cónyuge supérstite con la facultad de disponer de ellos, en todo o en parte, en vida y testamentariamente, a favor de todos o algunos de los hijos comunes. La distribución que efectúe el cónyuge viudo de la plena propiedad, deberá contener el apartamiento de los herederos forzosos que no fueren instituidos, salvo en el caso de que en el testamento del cónyuge premuerto se hubiere apartado ya a los mismos conforme el Fuero".

*3.3. El Fuero de Ayala y el Usufructo poderoso en la Ley 3/1992.* La Compilación de 1959 fue derogada y sustituida por la citada Ley 3/1992. La génesis de la regulación de dicho *usufructo poderoso* en esta última norma fue según CELAYA IBARRA[104] la siguiente: "En la Comisión de Bizkaia que estudió la proposición de ley para un nuevo Derecho civil, el señor Sans Uranga, vocal alavés que se ocupaba de este tema, dudaba de si sería oportuno incluir la regulación del usufructo poderoso, y decidió finalmente no hacerlo, puesto que bastaba la amplia libertad que el Fuero de Ayala otorga para entender que esta institución podía perfectamente ser establecida en un testamento ayalés, y cualquier regulación legislativa podía ser una limitación de la amplia libertad foral. La opinión de Uriarte Lebario parecía coincidir con la de Sans Uranga en cuanto al alcance de la libertad foral, pero entendía que el Proyecto de Apéndice Foral debería haberse ocupado del usufructo poderoso. Seguramente esto era lo más acertado para evitar interpretaciones restrictivas".

El éxito de la institución debió ser escaso puesto que DE URIARTE ZULUETA[105] comenta en 1996 que "El tiempo transcurrido desde 1992 es muy corto, pero hasta ahora no se tiene noticia de que se haya vuelto a hacer uso del usufructo poderoso".

---

[102] CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 294: "se utilizan en Ayala tanto la donación como el testamento, pero la población rural dispone de la hacienda agrícola o ganadera preferentemente por donación en favor del descendiente elegido para continuar la explotación, con las condiciones, modos, cargas y reservas que en cada caso se estiman oportunas ... La población urbana otorga testamento en que cada consorte instituye heredera universal y en pleno dominio al otro, apartando con una peseta a cada uno de los legitimarios posibles; algunas veces se establecen complementariamente fideicomisos de residuo o limitaciones dispositivas cuando la testadora joven piensa en unas posibles segundas nupcias del marido sobreviviente.

[103] "Ponencia de la Comisión de Juristas de Derecho Foral de Álava (julio 1950) sobre el derecho escrito y consuetudinario de Ayala. Fecha de entrada en el Ministerio de Justicia 15-VI-1953), en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. documento nº 28.

[104] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 580.

[105] DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María *El Fuero de Ayala. Su regulación en la Ley de Derecho Civil del País Vasco*, obra cit., pp. 22.

Del *usufructo poderoso* en la LDCV trataremos en el capítulo correspondiente al estudio comparado del Derecho civil interregional español.

## V. GIPUZKOA.

Al contrario que en parte de Álava y, como veremos en Bizkaia, el Territorio Histórico de Gipuzkoa, no participó de la institución de la sucesión por comisario hasta la entrada en vigor de la Ley 3/1992 de reforma de la Ley 3/1992. Al menos no en virtud de un Derecho escrito o unas tradiciones fuertemente arraigadas.

### 1. Derecho civil de Gipuzkoa en la Edad Media.

Según NAVAJAS LAPORTE[106] nada sabemos sobre el Derecho de los guipuzcoanos en la Alta Edad Media, hasta la aparición del Fuero de San Sebastián de 1180, pero cabe suponer que la costumbre es la única fuente para la creación del Derecho en Gipuzkoa.

Las diferentes Villas fueron recibiendo distintos Fueros que, en general, no tuvieron disposiciones de naturaleza jurídica civil. Así el Fuero de San Sebastián, que se inspira en el Fuero de Estella y éste en el de Jaca, tiene dos magras referencias de Derecho de sucesiones: La posibilidad de transmisión "propter nupcias", "donativum", de los bienes inmuebles, a favor de uno de los descendientes (Capítulo III-6-5); las donaciones "post obitum", de tal forma que podrían donarse los bienes de abolengo en favor del alma, sin limitación (Capítulo III-6-6) y la reversión de dotes al tronco[107].

También hay Villas que reciben el Fuero de Vitoria (1191), que es esencialmente el de Logroño, pero carente de disposiciones sucesorias. Se va otorgando a Tolosa (1256), Mondragón (1260); Vergara (1258); Villafranca/Ordizia (1268); Deva (1294); Azpeitia (1311); Elgueta (1335), Villareal/Urretxu (1383) o Elgóibar (1746). Así se fundarán durante los siglos XIII-XIV unas veinticuatro villas que serán, junto con San Sebastián, la futura Guipuzkoa, con sujeción mayoritaria al Fuero de Vitoria, lo que, como sabemos, hará que por el Ordenamiento de Alcalá (1348), haya lugar a la aplicación del Fuero Real, dada la falta de otros fueros escritos que regulen la materia sucesoria. Así Gipuzkoa seguirá la tendencia uniformadora propia del Reino de Castilla, salvo en aquellos territorios vascos (Bizkaia, Llodio, Aramayona y Ayala) que tuvieron fueros propios escritos.

### 2. El Derecho civil de Gipuzkoa en la Edad Moderna.

Dicha prelación castellana de fuentes hará, en opinión de DE ECHEGARAY CORTA[108], que la legítima en Gipuzkoa pasara de ser de libre distribución entre los descendientes hasta bien entrado el siglo XVII (así lo induce del Fuero de Oñate),

---

[106] NAVAJAS LAPORTE, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 33 y ss.
[107] NAVAJAS LAPORTE, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 62 y 66.
[108] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio. *Derecho Foral Privado*. Biblioteca Vascongada de los Amigos del País. San Sebastián 1950, pp. 73.

momento en que el Derecho de Castilla debió de permear y empezar a ser de general aplicación a los guipuzcoanos. Sin embargo, parece acreditada la persistencia de costumbres jurídicas familiares y sucesorias en muchos sentidos similares a las de Bizkaia, respecto de las cuales las Juntas Generales hicieron algunos intentos de reforma para salir del ámbito de las leyes castellanas, en 1555, 1587, 1659, 1671, 1673, 1712, 1747, y en 1756, así como un período activo político de la Diputación Foral de Gipuzkoa, en aras a la buscada transmisión indivisa del Caserío, en 1920, 1924 y 1929, sin ningún resultado positivo. Como consecuencia, rigió en Gipuzkoa el Ordenamiento Castellano (Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación) y luego el Código civil.

Hay autores que demostraron que al margen de la legislación vigente se aplican en la zona rural costumbres dirigidas a conservar la unidad e indivisión del caserío, costumbres respetadas por las familias guipuzcoanas: unidad familiar del patrimonio, comunidad familiar de bienes, reversión troncal de los bienes[109], dote[110], pactos sucesorios bajo la forma de donación *propter nupcias* en capitulaciones matrimoniales y, para lo que aquí interesa, sucesión por comisario[111].

Otras instituciones, como el mayorazgo permitieron igualmente la indivisión patrimonial en Gipuzkoa tal y como han estudiado FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES y VALVERDE LAMSFUS[112] pero esta institución desapareció con la desamortización en el siglo XIX. Concluye esta última autora que como quiera que la Ley XXVII de Toro permitía hacer *vinculación, mayorazgo o fundación* sobre la mejora de tercio y remanente del quinto, se facilitó la acumulación de la herencia en un único sucesor, aproximándose a las soluciones vizcaínas y navarras.

Al efecto, la E.d.M. de la Ley 3/1992 dijo "Pese a la falta de leyes escritas, la población guipuzcoana mantuvo desde antiguo sus propias instituciones, similares a las de Bizkaia y Alava. Estas instituciones de carácter consuetudinario lograron sobrevivir, frente al acoso del Derecho escrito, con grandes dificultades, especialmente desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Las Juntas Generales de Guipúzcoa pidieron repetidamente que se ordenara la sucesión de forma similar a la de Bizkaia (desde las Juntas de Segura, 1554), e incluso en el proyecto de arreglo de los Fueros de 1841 la Provincia pidió el reconocimiento de su Derecho Civil secular, siempre sin éxito. En tiempos más recientes la petición se renueva a través de la Sociedad de Estudios Vascos, en 1918 y 1930, sin que sea tampoco atendida".

Los supuestos de sucesión por comisario, analizada la documentación que aneja NAVAJAS LAPORTE a su tesis doctoral, no es, en mi opinión, para nada distinta de la prevista en la legislación común castellana bajo medieval. Así en la pág. 85 de su

---

[109] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp.; NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. y 190.

[110] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 90; NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 78.

[111] STS de 12-07-1984; DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 84, 86, 90, 118 y 190; NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 78, 81, 130, 135, 142 y 195.

[112] FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. "La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipuzcoa", en *Iura Vasconiae*, nº 6, 2009, ISSN 1699-5376. VALVERDE LAMSFUS, María-Dolores. "La transmisión de la herencia en Gipuzkoa durante la Edad Moderna: problemas, estrategias y consecuencias", en *Iura Vasconiae*, nº 10, San Sebastián, 2013. ISSN: 1699-5376 pp. 597-634.

mencionada obra afirma que "El único testimonio documental que poseemos al respecto es de 1502, y se trata de un testamento dado en Fuenterrabía, el 25 de mayo, ante el escribano Martín Sáenz de Zuloaga". Una vez leído concluyo que el documento resulta perfectamente compatible con la regulación del Fuero Real, entre otros extremos, por la confusión entre la figura del albacea (cabezalero) con la del comisario y la delegación expresa de la facultad de nombrar heredero pero entre un grupo determinado por el causante (los hijos).

Bajo la vigencia de las Leyes de Toro NAVAJAS LAPORTE reconoce que éstas se aplican tal cual[113]. Este autor, no obstante, a veces toma la figuras del albacea por la del comisario bajo la sucesiva vigencia de las del Fuero Real, las Leyes de Toro, y el Código civil, y en el fondo viene a reconocer implícitamente que está estudiando una práctica jurídica *praeter legem* bajo la vigencia de todos y cada uno de aquéllos ordenamientos.

### 3. El Derecho civil de Gipuzkoa desde la Edad Contemporánea hasta la Ley 3/1992 y la sucesión por comisario.

Bajo el régimen del Código civil, NAVAJAS LAPORTE viene a identificar como sucesión por comisario una práctica guipuzcoana de mera aplicación del Derecho civil común. Esta consiste en que, para evitar la indivisión del Caserío, el causante añade al fiduciario del art. 831 CC, además de las facultades que dicho precepto atribuyen al viudo, las correspondientes al albacea y al contador-partidor, algo perfectamente permitida bajo el régimen de dicho texto legal.

Esta práctica como mera utilización de los recursos de Derecho común (art. 831, 841 y 1056 CC) es reconocida abiertamente como tal por DE ECHEGARAY CORTA y GARCÍA ROYO[114]. Lo cual no era nada extraordinario, sino igualmente en uso, en otros lugares de la cornisa cantábrica, como han destacado los trabajos para Galicia (GARCÍA RUBIO y CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[115]) y Asturias (ALPAÑES DOMÍNGUEZ y GARCÍA RUBIO[116]).

---

[113] NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 142.

[114] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, "Derecho Foral Privado", obra cit., pp. 86 y 88: "el padre y la madre, teniendo en cuenta la vida común estipulada, prometen mejorar, y desde luego, consideran mejorado al hijo o hija contrayente en un tercio de sus herencias, y se comprometen así bien a legarle el de libre disposición, y usando de la facultad que les concede el artículo 1.056 del Código Civil, disponen que todos los bienes que queden cuando ellos fallezcan, sean íntegros para el mejorado, con la carga de costear los entierros, funerales. y sufragios en la forma acostumbrada por la familia y de abonar a sus hermanos en dinero las cantidades que en el mismo contrato matrimonial se señalan, las cuales son suficientes para pago de los que a los no mejorados correspondan como porciones legitimarias" y "Pero cabe en lo posible que se haya omitido en el contrato matrimonial el pacto a que se refiere el artículo 831 del Código civil o que aún habiéndolo establecido, quiera testar el padre que se ve próximo a la muerte. En este supuesto, si alguno de los hijos estuviere en edad de casarse, es mejorado a la par que instituido en el tercio de libre disposición y dispone el causante, en uso de la facultad concedida por el artículo 1056, que a fin de no dividir la explotación agrícola a que se dedica en el caserío, se le adjudiquen todos los bienes al designado como sucesor, pero con la condición de que éste satisfaga en metálico las legítimas de sus hermanos". En sentido similar, GARCÍA ROYO, Luis, *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo II, obra cit., pp. 257.

[115] CORA GUERRERO, Juan-Manuel y GIL CABALLERO, María-José. "Del testamento por comisario", en José-Manuel Amigo Vázquez, José Cura Guerreiro, Francisco M. Ordóñez Armán e Ildefonso Sánchez Mera (coord.), *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley*

De hecho, NAVAJAS LAPORTE[117], describe un declive de la institución de comisario tras la promulgación del Código civil y la Compilación de 1959, "Desaparecido el testamento por comisario, tan común en la época anterior al Código, es raro el supuesto de utilización del beneficio del art. 831, quizá determinado por el ventajoso tratamiento del art. 1.056-2, que tanta importancia práctica va a tener en Guipúzcoa, y que se entenderá suficiente". Al contrario, para DE ECHEGARAY CORTA[118] "el otorgamiento del pacto que autoriza el art. 831 del Código civil, de uso frecuente y fecundo en Guipúzcoa, y por el que muerto intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado. De este modo el supérstite elige sucesor, como si el premuerto viviera, y gana en prestigio y autoridad en la familia sobre todo, si es forastero, o etorkiña en el caserío y no puede disponer más que de su aportación dotal".

Quizás la explicación más clara la da, nuevamente, NUÑEZ IGLESIAS[119] quien entiende que la prohibición de la sucesión por comisario en el Código civil es más formal o aparente que real ("ha bastado para conte[n]tar a los enemigos del testamento por comisario"), como lo demuestran el art. 671 CC, con referencia al legado, como, sobre todo, el art. 831 CC, con relación a la mejora y también la parte de libre disposición como entiende VALLET DE GOYTISOLO[120]. Sigue NUÑEZ IGLESIAS en lo que sería una perfecta descripción del fenómeno que estudió NAVAJAS LAPORTE: la "unión entre el comisario para testar y el ejecutor testamentario" al albur del amplio art. 901 CC, permite configurar un ejecutor testamentario de amplias facultades, incluso las particionales (art. 1057 CC), un tercero, denominado comisario contador-partidor, albacea que vía art. 749 CC llega a detentar facultades casi idénticas al del comisario del art. 671 CC. Y concluye "Así pues, y en la concepción del Código, ascendiendo por la escala de poderes del ejecutor, se llega al comisario para testar; por lo que éste sigue siendo un ejecutor promocionado. Ello resulta patente, pero no debe llevar a confundir ambas figuras (…) un ejecutor concreto puede devenir en comisario, y un comisario puede ser investido con la ejecución; pero ambos personajes tienen, en principio, distintos cometidos: aquél el de ejecutar, y éste el de disponer dentro de ciertos limites".

---

*de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, 1996. ISBN: 84-87161-78-2, pp. 143 y 145: se trata de una institución jurídico-privada realmente viva en Galicia, aunque no como Derecho propio de Galicia (en el sentido de especial o distinto del Derecho común), sino como Derecho común aplicable también a Galicia. Es decir: No es Derecho vivo de Galicia, aunque si Derecho (Común) vivo en Galicia". GARCÍA RUBIO, María Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", en *Anuario de Derecho Civil Anuario de derecho civil*, Vol. 61, Nº 1, 2008. ISSN 0210-301X, pp. 63.

[116] ALPAÑES DOMÍNGUEZ, enrique. *La delegación de la facultad de mejorar*. Instituto editorial Reus, Madrid, 1953, pp. 3 y 4. GARCÍA RUBIO, María Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 63.

[117] NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 150.

[118] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 88.

[119] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 320.

[120] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, EDERSA, Madrid, 1982. ISBN 84-7130-360-4-ISBN 847130-216-0, pp. 379.

O podemos traer a colación las palabras de CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[121] sobre la sucesión por comisario en Galicia cuando afirma que no tiene precedentes en el Derecho Gallego, pues "se trata de una institución jurídico-privada realmente viva en Galicia, aunque no como Derecho propio de Galicia (en el sentido de especial o distinto del Derecho común), sino como Derecho común aplicable también a Galicia. Es decir: No es Derecho vivo de Galicia, aunque si Derecho (Común) vivo en Galicia".

Otra cosa es que la redacción original del Código civil, la que duró hasta la Ley de 13 de mayo de 1981, exigía que el causante muriera intestado, lo que implícitamente suponía que el otorgamiento de la fiducia sucesoria en capitulaciones no era pacto sucesorio, porque el testamento suponía su tácita revocación, salvo que éste se considerara en la práctica un verdadero pacto sucesorio[122]. Y como pacto sucesorio se debió estimar en la mentalidad guipuzcoana, máxime cuando las capitulaciones matrimoniales, hasta la Ley de 2 de mayo de 1975 sólo se podían otorgar antes del matrimonio y no eran modificables posteriormente.

Por lo tanto, el Derecho Civil de Gipuzkoa no era más que una aplicación reiterada en la práctica de unos determinados preceptos del Derecho común que no tenían éxito en otros lugares de España por la falta de costumbre de otorgar capitulaciones matrimoniales pero que como sí había ese uso entre el común de los *baserritarras*[123] guipuzcoanos, pudo recurrirse al expediente descrito por DE ECHEGARAY CORTA arriba trascrito[124] para erigir una suerte o émulo de sucesión por comisario en el caserío guipuzcoano.

**4. El Derecho civil de Gipuzkoa en la Ley 3/1992.**

Ésta en su redacción original sólo dedicó un único precepto, el art. 147 al Fuero de Gipuzkoa: "1. Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa, las cuales deberán ser actualizadas por ley del Parlamento Vasco. 2. El Gobierno Vasco y las instituciones forales de Gipuzkoa promoverán y estimularán los trabajos necesarios para que el derecho consuetudinario de dicho Territorio Histórico quede definitivamente formulado en los términos de su vigencia".

Esta declaración recuerda al círculo vicioso explicativo dado por ANGOITIA GOROSTIAGA y DE URIARTE ZULUETA[125] para considerar vigente el *usufructo poderoso* durante el tiempo en que la Compilación de 1959: la prueba de su vigencia consuetudinaria no est vigente porque la ley ha declarado retrospectivamente que estuvo vigente como costumbre.

---

[121] 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 y 145.

[122] Así CASTÁN TOBEÑAS, José, en *Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo Sexto, Derecho de Sucesiones, Ed. Reus, Madrid, 1979. ISBN 84-290-1203-6, pp. 595.

[123] Habitantes de un caserío.

[124] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 86 y 88.

[125] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp.31. DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María. "Consecuencias en Álava de la Reforma del Derecho Ayalés y Vizcaíno", en *La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque*, Azpilcueta, cuadernos de Derecho, San Sebastián 1998. ISSN 1138-8552, pp. 74.

Volviendo al *Fuero de Gipuzkoa,* explica CELAYA IBARRA[126] que "Había fallecido Álvaro Navajas Laporte y en nuestro grupo nadie podía tenerse por su continuador por lo que el Derecho de Guipúzcoa no se recogió en nuestro proyecto. A última hora, un congreso de la abogacía vasca celebrado en Vitoria nos pedía que se recogieran las costumbres de Guipúzcoa. Lo pedí así cuando fui llamado a informar en el Parlamento, pero lo único que pude conseguir es la redacción del artículo 147 en el que se hace una referencia a esas costumbres pero se deja para otra ley su concreción". Es sin duda por ello que la E.d.M. de la Ley 3/1992 termina diciendo sobre el particular "Entre tanto, ha parecido prudente no hacer definiciones precisas, y limitar el alcance de esta ley al reconocimiento de la vigencia del Derecho consuetudinario guipuzcoano, reservando su ordenación legal a un tiempo futuro, a la vista de los estudios que deberán promoverse por las instituciones autonómicas y forales".

Y es que para 1992 no había producción de tratados sobre derecho civil de Gipuzkoa salvo la citada tesis de Navajas Laporte. La Ley 3/1992 surgió a decir de GALICIA AIZPURUA y MARTÍN OSANTE[127] como "el resultado final de la convergencia de diversos proyectos privados elaborados por distintas instituciones y personalidades a lo largo de la década de los ochenta, entre los que deben contarse el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Bizkaia y Álava, ideado por Adrián Celaya Ibarra en el año 1982; el anteproyecto sobre reforma de la Compilación de Derecho civil de Bizkaia del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao de 1984; el anteproyecto de Fuero civil de Bizkaia de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País de ese mismo año, y el anteproyecto, también de Fuero civil de Bizkaia, redactado, en idéntica fecha, por Julián Arzanegui Sarricolea…". Y citan de seguido los miembros de la Comisión redactora, fundamentalmente provenientes de Bizkaia y del sector privado[128].

Pero frente a la fecunda producción vizcaína, la Universidad del País Vasco (campus de San Sebastián, no había Facultad de Derecho de dicha Universidad en Leioa por aquél entonces) decide en 1983 optar a ser el núcleo del estudio y renovación Derecho civil vasco, tal y como ponen de manifiesto ASÚA GONZÁLEZ, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE MANSO[129]. Reproducen dichos autores la crítica a la génesis de la Ley 3/1992 en la Proposición no de ley formulada por el Grupo Parlamentario Euskadiko Ezkerra de 1982 sobre un temor a "... el grave peligro de que el Parlamento puede encontrarse, al final de los tiempos, con un proyecto ya hecho, en

[126] CELAYA IBARRA, Adrián, en "Hacia una ley civil vasca", obra cit., pp. 18.
[127] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*. Marcial Pons, Madrid, 2002. ISBN: 84-7248-944-2, pp. 271. MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos. *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno*. Marcial Pons, Madrid, 1996. ISBN 84-7248-381-9, pp. 225 y 226.
[128] "Político: Ignacio Javier Echevarría Echeita. Notarios: José María Arriola Arana, José Miguel Fernández de Bilbao (tío del autor), Ricardo Gomeza Ozámiz, Jesús Hernández Hernández, Francisco Sans Uranga, Andrés Urrutia Badiola. Abogados: Julián María Arzanegui Sarricolea, Eduardo Barreda Fernández, Jesús Oleaga Echevarría, Javier Oleaga Echevarría, Michel Unzueta Uranga, Ramón Varela Gorostiaga. Profesores de Universidad: Javier Caño Moreno, Adrián Celaya Ibarra, Itziar Monasterio Azpiri".
[129] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE MANSO, MaríaTeresa. "El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma Del País Vasco", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 2. Enero-Abril 1994, Madrid, 1994. ISSN: 1133-8768, pp. 21.

el cual no ha tenido arte ni parte, y, difícilmente, incluso, podrá tratar de discutir sobre él"[130].

Y dicho grupo de estudiosos se sienten llamados a protagonizar dicha renovación porque la "Iniciativa que (en tanto motivó que las instancias políticas autonómicas juzgaran oportuno recabar el criterio de expertos, fundamentalmente universitarios) está en el origen del Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización de Derecho civil, organizado por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, con la colaboración de la Secretaría de Justicia y Desarrollo Legislativo del Gobierno Vasco, y celebrado en San Sebastián, del 16 al 19 de diciembre de 1982". De tal manera que debieron de tomar la decisión de ser el núcleo de estudio del Derecho Civil Vasco y con tal fin procedieron a a la producción desde la Universidad del País Vasco de tesis doctorales monográficas sobre diferentes instituciones vizcaínas comenzando con la de MARTÍN OSANTE, como demuestra la frase "Aquélla no fue ni una producción espontánea ni una floración irrepetible"[131].

**5. El Derecho civil de Gipuzkoa en la Ley 3/1999 y la sucesión por comisario.**

El estudio pendiente a que refería la Ley 3/1992 sobre el Fuero de Gipuzkoa existió finalmente y fue el *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su "conservación, modificación y desarrollo*[132] elaborado por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, que daría lugar a la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

En la pág. 7 de dicho Dictamen ya se dice que "tiende a incardinarse en el artículo 147 de la Ley 3/1992" y "persigue, por tanto, ser una explicitación de los usos y costumbres guipuzcoanos en orden a la posibilidad de transmisión indivisa del caserío, traducidos -claro está- a una técnica jurídica que obedezca al contexto actual y sirva al espíritu de la secular práctica consuetudinaria".

---

[130] Esto que en 1994 les parece censurable no se lo debió parecer tanto cuando en 1999 son contratados para hacer su "*Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su "conservación, modificación y desarrollo*" que será asumido por el Parlamento Vasco tal cuál y su texto articulado será la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

[131] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, en el prólogo por el escrito a GALICIA AIZPURA, Gorka-Horacio, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit. prólogo, pp. 9. Y cita los hitos: "Clara I. ASÚA GONZÁLEZ "Designación de sucesor a través de tercero" (Madrid, Tecnos, 1992), y Ana SEISDEDOS MUINO, ("El derecho de saca en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco» (RJNav., núm. 19, 1995, pp. 45 a 90). MARTÍN OSANTE "El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno", Madrid 1996 (…). El usufructo poderoso del Fuero de Ayala (Vitoria, Diputación Foral de Alava, 1999), que es mérito del doctor Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA (…) Leire IMAZ ZUBIAUR (…) "los parámetros de eficacia de los pactos sucesorios" (…) Mikel M. KARRERA EGIALDE (…) "Los arrendamientos rústicos históricos" 1999 (…) Gorka GALICIA AIZPURUA, "Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia" 2002. Añadimos nosotros "El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho Civil del País Vasco" de Maite BARRUETABEÑA ZENEKORTA en el año 2003 y "*La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*" de Leire IMAZ ZUBIAUR en 2006".

[132] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su "conservación, modificación y desarrollo"*. Recuperado de https://www.ehu.eus/documents/1549725/1573708/dictamen.pdf.

Por lo que respecta al poder sucesorio, cabe decir que ha dejado poca influencia en la redacción actual de la LDCV, básicamente tributaria del Fuero de Bizkaia regulado en la Ley 3/1992.

*5.1. Licitud.* Conforme al art. 150 Ley 3/1992 los causantes de vecindad civil guipuzcoana pueden hacer una sumisión voluntaria a un régimen sucesorio alternativo al característico del Código civil sobre los caseríos sitos en el Territorio Histórico de Gipuzkoa.

*5.2. Naturaleza.* Mientras la E.d.M. de la Ley 3/1999 habla de "fiducia sucesoria", el Capítulo II del Título III, art. 164 y ss., se titula "De la Ordenación por comisario". Los autores de la propuesta huyen de la denominación "poder testatorio"[133], que se sustituye por "ordenación por comisario".

*5.3. Requisitos subjetivos.*[134] Lo más destacable es que sólo puede ser fiduciario el viudo o pareja de hecho, quien efectúa una elección "in incertum de certis" pues el poder sucesorio sólo será válido si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación, o, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado (se entiende que al tiempo de su fallecimiento) herederos forzosos.

*5.4. Requisitos objetivos.* A tenor del art. 164.1 Ley 3/1992 el contenido esencial es la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos y, como contenido accidental, el resto del patrimonio del causante, si bien en cuanto a este último ha de tenerse en cuenta las normas sobre la legítima del Código civil, no así la transmisión del Caserío que podía ser excluida del cómputo y colación de la misma mediante el uso de los títulos sucesorios habilitados por el *Fuero de Gipuzkoa*, entre ellos el ejercicio de la fiducia sucesoria. Conforme al art. 166 Ley 3/1992, el comisario desempeñaría su cargo conforme a lo establecido por el causante y, en su defecto, ostentaría las mismas

---

[133] *Dictamen en relación con el "Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su "conservación, modificación y desarrollo"*, obra cit., pp. 65: "… el nuevo Fuero Civil de Gipuzkoa evita la expresión "testamento por comisario", de honda raigambre en el Derecho vizcaíno. Ello se debe, de un lado, a que realmente la sucesión puede deferirse sin que intervenga el fenómeno testamentario; por ejemplo, si se realiza el nombramiento en escritura pública y el comisario procede a la ordenación –bien mediante escritura pública. Mas, igualmente, obedece al dato de que, aun en el supuesto de que el comisario ejercitara su poder mediante testamento, éste no será un testamento del *de cuius* realizado por comisario -por tanto, una suerte de derecho de representación post mortem-, sino el testamento del comisarlo en el que, además de disponer de sus bienes, dispone de los del causante -esto último en titularidad de disposición que, sobre patrimonio ajeno, se le concede-".

[134] 1. El causante había de tener vecindad civil guipuzcoana y ser capaz para testar (art. 9.8 y 662 y ss. CC), salvo que el poder se otorgue en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio entre cónyuges (art. 165 Ley 3/1992), en cuyo caso será necesaria la capacidad para casarse propia de la mínima aptitud para otorgar capitulaciones (art. 1329 CC), básicamente coincidente (art. 48 y 663 CC). 2. El comisario sólo puede serlo el viudo (art. 164.1 Ley 3/1992), quien habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar al tiempo de ejercitar el poder sucesorio (art. 662, 1261 y 1716 CC). 3. La identificación del sucesor o grupo potencial de sucesores determina la validez del poder sucesorio pues sólo será válido: a) Si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación. b) Si, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos, en cuyo caso el comisario deberá realizar la designación de sucesor entre las personas que ostentaren la condición de herederos forzosos al momento del fallecimiento del causante o entre cualesquiera descendientes en cuyo caso procederá la exclusión del cómputo legitimario del caserío y sus pertenecidos. Nada se dice respecto a la capacidad para suceder, sólo se hace referencia al momento, pero hay que entender que le son aplicables las normas al respecto del Código Civil art. 744 y ss., (art. 3.1 Ley 3/1992).

facultades que este último, salvo revocar en todo o en parte el testamento del causante si no hubiere sido expresamente autorizado para ello por este último. Igualmente, era generalmente el administrador y representante del caudal hereditario (art. 168 Ley 3/1992)[135].

*5.5. Requisitos formales.* En Gipuzkoa el nombramiento del comisario, era sólo entre cónyuges, luego podía hacerse en testamento notarial o en escritura pública, sea de capitulaciones matrimoniales o de pacto sucesorio (art. 165 de Ley 3/1992).

*5.6. Efectos de la sucesión por comisario pendiente su ejercicio.* Aunque no lo explicite la Ley 3/1992, el encargo del comisario comenzaba a ejercerse desde el fallecimiento del causante, no se ejercitaba el poder en vida. Ello sí hubiera ido contra la prohibición de testar por representación (art. 670 CC). Que se ejercitase desde la muerte del causante se deduce que el primer deber del comisario es formar un inventario de los bienes fallecido una vez el comitente (art. 167 Ley 3/1992) y que el plazo legal (art. 169) parte de la muerte del testador, o su declaración judicial de fallecimiento. Otorgado poder sucesorio se abre una fase de expectativa, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder sucesorio en el que no podemos hablar sino de "presuntos sucesores" que nada han adquirido una vez fallecido el causante salvo el derecho, personalísimo, de alimentos a ser pagados por la herencia.

*5.7. El ejercicio de la sucesión por comisario.* Analizado el Dictamen, al revés que en Bizkaia (art. 46 Ley 3/1992), no parece haber posibilidad de ejercitar el poder sucesorio en uno o varios actos u otorgamientos, sino en uno sólo, sea (art. 170.1) mediante escritura pública o en el propio testamento del comisario-usufructuario vitalicio, salvo que para su disposición tuviere señalado un plazo más breve. Las disposiciones efectuadas por el comisario foral son irrevocables, pues así lo dispone expresamente el art. 170.2 Ley 3/1992 salvo cuando el comisario viudo haga uso en su testamento del poder. La frustración del poder sucesorio dará lugar a la aplicación del testamento preventivo o, en su defecto, la apertura de la sucesión abintestato.

*5.8. Extinción de la sucesión por comisario.* Conforme al art. 171 Ley 3/1992, el poder sucesorio se extinguirá por las mismas causas que las que prevé en su art. 48 para el comisario en la sucesión vizcaína, a la que nos remitimos.

En fin, como veremos en el capítulo destinado al análisis de la regulación de la LDCV, actualmente la sucesión por comisario en Gipuzkoa se rige por el régimen general de aquélla, art. 30 y ss., a tenor del art. 8 del mismo texto legal, pues el actual *Fuero de Gipuzkoa*, art. 96-99, ha quedado reducido a unas *normas minusquamperfectas* "De las normas especiales acerca del caserío en Gipuzkoa" regulada en la sec. 5ª, del Capítulo 2º ("De las limitaciones a la libertad de testar") del Título II de la LDCV ("De las sucesiones").

[135] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN 978-84-7752-562-2, pp. 356 y ss.

## VI. BIZKAIA.

El Territorio Histórico de Bizkaia mantuvo desde su *Fuero Viejo* de 1452 la regulación positiva, escrita, de la sucesión por comisario. Su normativa estuvo viva y aplicada y su mayor importancia es que, a través de su evolución, fuertemente influenciada por el Derecho de Castilla, dio lugar a una normativa que esencialmente ha pasado a ser la vasca con la entrada en vigor de la LDCV. En suma, estudiar el Derecho civil vizcaíno es estudiar los antecedenes del Derecho civil vasco tal y como lo conocemos hoy en día.

### 1. Cuestión previa sobre la delimitación territorial.

Cuando hablamos de Bizkaia, hasta la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil del País Vasco, básicamente nos vamos a referir a la *Tierra Llana de Bizkaia*, y los términos municipales alaveses de Llodio y Aramayona, pues, hasta su entrada en vigor, el Derecho Civil Común, primero de Castilla y luego de España regirá en la parte no aforada del territorio de las *Villas* de Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete, Plentzia y la ciudad de Orduña.

Explica brevemente ALLENDE SALAZAR[136] que hasta el siglo XIII rigieron en Bizkaia, con excepción de los Fueros Municipales de Balmaseda y Durango, unos fueros de general aplicación en la Tierra Llana vizcaína (toma en 1150 de fueros de D. Sancho VII de Navarra y en 1180 de D. Sancho el Sabio, confirmados en 1372, por el infante D. Juan, señor de Bizkaia). Y a partir del siglo XIII las diferentes *Villas* van recibiendo sus respectivos Fueros, inspirados en el Fuero de Logroño, situación que llega al extremo que en el Fuero Viejo de 1452 prohíbe al Señor de Bizkaia fundar más Villas sin el consentimiento de todos los vizcaínos (capítulo II) y que en los capítulos 183 y 213, entre otros, se habla con distinción de la *Tierra Llana* y de las *Villas*, consignándose el dualismo hasta en la legislación privada.

Es lugar común marcar los siguientes jalones en la historia jurídico-privada de Bizkaia: El "Fuero consuetudinario", el "Fuero Viejo" y el "Fuero Nuevo". Veámoslos.

### 2. El "Fuero consuetudinario".

Para CELAYA IBARRA[137] "Del que algunos historiadores llamaron Fuero consuetudinario (anterior a la publicación del Fuero Viejo) pocas noticias nos quedan, pero son las suficientes para poder apreciar sus similitudes con las costumbres de las demás regiones vascas, según el testimonio del propio Fuero Viejo"[138]. Efectivamente, la legislación escrita anterior al "Fuero Viejo" de 1452 es muy limitada y, a decir de DE JADO Y VENTADES[139], no tenía contenido iuscivilista. Se trata del Cuaderno del Infante Don Juan Núñez de Lara: "Esto no obstante en el año de 1342, siendo Señor de

[136] ALLENDE SALAZAR, Ángel, "El dualismo en la legislación civil de Vizcaya", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*. Ed. Facsímil en CELAYA IBARRA, Adrián, *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*. AVD/ZEA, Bilbao, 2007. ISBN: 84-7752-421-1, pp. 186 y 187.
[137] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit, pp. 564.
[138] CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 152 y 153.
[139] DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 111 y 112.

Vizcaya D. Juan Núñez de Lara, se ordenó una colección de leyes: mas esta colección sólo contiene treinta y siete capítulos o leyes, parte de ellas estableciendo los derechos que a los Señores y fijosdalgo de Vizcaya correspondían en los montes y pastos del Señorío, y parte de carácter penal".

Según ORELLA UNZUÉ[140] "Sin embargo alusiones al Fuero de Vizcaya se pueden recoger en textos anteriores al siglo XV. Ya en 1272 Alfonso X el Sabio concede a Arceniega los fueros y franquezas de Bizcaya. Un siglo después, D. Juan, infante de Castilla, en una carta real firmada en Olmedo el 23 de junio de 1376 manda que en Vizcaya se juzgue «según el fuero de Vizcaya»".

CELAYA IBARRA[141] se pronuncia en el mismo sentido y añade que en los primeros siglos el *Señor de Vizcaya* gobernaba por costumbres que probablemente se transmitían en forma oral. Encuentra demostración de ello dicho autor en las menciones a las mismas en la escritura de fundación de la villa de Arceniega[142] cuyo Fuero le concedió Alfonso XI en 1272, en cuyo texto se conceden a los habitantes de dicha villa las franquezas "que ha Vizcaya". También se hizo constar en la fundación de la villa de Miravalles (1375), así como en ciertas manifestaciones dirigidas por la Junta de Guernica de 2 de junio de 1452 al Corregidor[143].

Ahonda DE MADARIAGA AZCUENAGA[144] en que "En ninguna parte se manifiesta más claro este carácter consuetudinario del derecho privado de Vizcaya que en los acuerdos adoptados por la Junta General de 1452 para que se consignaran en escritura pública los Fueros del Señorío, resultado de los cuales fue el Cuaderno o Fuero Viejo" cuyo preámbulo dice así…"[145]. Afirmación que es cierta pero que no le otorga ninguna originalidad, pues la promulgación del Fuero siguió el trámite de conversión de costumbre oral en Fuero previsto en Las Partidas: "Fuero es cosa en que se encierran dos cosas que avemos dicho, uso e costumbre, que cada una dellas a de entrar en fuero para ser firme (…) E por ende a este nombre Fuero: porque no se debe dezir, ni mostrar escondidamente (…) E los antiguos pusieron en latin foru, (…) e deste logar tomo este nome Fuero quanto en España, que assi como el mercado se haze públicamente, assi ha

[140] ORELLA UNZUÉ, José-Luis. "La Hermandad de Vizcaya (1320-1498)" , en *Vizcaya en la Edad Media*. Congreso de estudios históricos: Vizcaya en la Edad Media. Bilbao, 17-20 diciembre 1984. Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1986. ISBN 84-86240-35-2, pp.183.

[141] CELAYA IBARRA, Adrián*, Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 28.

[142] Arceniega (Artziniega, en su denominación actual) fue originalmente parte de Bizkaia hasta que se unió a la cuadrilla de Álava, tal y como vimos al analizar la evolución histórica de este territorio.

[143] CELAYA IBARRA, Adrián, *Vizcaya y su Fuero Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1965. ISBN 978-84-7016-021-9, pp. 27 y 28.

[144] DE MADARIAGA AZCUENAGA, Ramón. *El Derecho Foral de Vizcaya en relación con la organización familiar*, obra cit, pp. 8 y 9.

[145] "Dijeron que (como el dicho Corregidor bien sabia) los Bizcainos había sus privilegios, é franquezas, é libertades, é otros fueros, que eran de albedrío é no estaban escritos, et en cuantos dannos, é males, et errores estaban caídos, é caían de cada dia los dichos Bizcainos, é de las Encartaciones é Durangueses por no tener escribidas las dichas franquezas é libertades, é fueros é costumbres, é porque razonablemente se pudiesen escribir é ordenar las dichas franquezas e libertades, et usos é costumbres, et albedrío, todos los dichos Bizcainos, estando en su Junta General en Idoibalzaga, les dieran é dieron su orden para que á una con el dicho doctor é Corregidor, ordenasen é declarasen, et escribiesen las dichas franquezas, et usos, et costumbres é fueros, et albedrío, que habían los dichos Bizcainos, lo más justamente que pudiesen razonablemente, por donde se pudiesen mantener, porque así escribidas é declaradas, el muy alto Rey é Príncipe é Señor de Bizcaya les confirmase por su fuero, é les fuesen guardadas sus franquezas é libertades, et usos é costumbres…".

de ser el fuero paladino y manifiesto"[146]. Efectivamente, Las Partidas previeron un expediente para elevabar los usos y costumbres territoriales a la categoría a ley (fuero) mediante una propuesta de hombres locales ratificada por el Señor correspondiente (Partida Iª, Título II, ley VIII[147]).

### 3. Los fueros escritos.

Se observa una tendencia en la baja Edad Media entre las Villas y la Tierra Llana de Bizkaia para dejar constancia escrita, oficial, de su Derecho característico que van a denominar "Fuero".

*3.1. El Fuero de la Merindad de Durango.* El primer fuero, o texto legal por el que se regía la Merindad de Durango, lo estableció el rey Sancho el Sabio de Navarra. Estaba escrito en un misal de la iglesia de San Agustín de Echevarría y data aproximadamente del año 1200. Sobre el año 1342 se redactó el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango donde se recogen los usos y costumbres en derecho de sucesiones, propiedad, derecho penal, etc. que hasta la fecha se transmitían de forma oral. Para CELAYA IBARRA[148] el Fuero de la Merindad de Durango era probablemente una mera recopilación privada del derecho aplicado y que perduró hasta la imposición del Fuero de Vizcaya. Y añade el autor citado que ya recogía instituciones presentes después en el Fuero de Vizcaya, a saber: "a) La transmisión íntegra del caserío a un solo heredero, no impuesta por la ley sino regulada como una facultad del propietario: b) Un régimen de comunidad de bienes en el matrimonio, con una fuerte posición del viudo ante los herederos; c) la troncalidad, fuertemente acentuada en las ventas y enajenación de bienes patrimoniales". Pero no parece que contuviese disposición alguna sobre la sucesión por comisario.

*3.2. El Fuero de Uso y Costumbres por el que se gobernaban Las Encartaciones.* El segundo fue el Fuero de Uso y Costumbres por el que se gobernaban Las Encartaciones de 1394, también conocido como *Fuero de Avellaneda o Cuaderno Penal de Gonzalo Moro de 1394*. Se basó el Cuaderno de Juan Núñez de Lara (Señor de

---

[146] Ley VII "Fuero es cosa en que se encierran dos cosas que avemos dicho, uso e costumbre, que cada una dellas a de entrar en fuero para ser firme. El uso porque los omes se fagan a el, e lo amen. La costumbre que sea assi como manera de heredamiento para lo razonar e guardar, ca si el fuero es como conviene e de buen uso e de buena costumbre ha tan gran fuerza que se torna como en ley porque mantiene los omes e biven unos con otros en paz e justicia: pero ay entre el cestas otras tanto departimieto que el uso e la costumbre fazese sobre cosas señaladas, maguer sea sobre muchas otras o pocas o sobre algunos lugares sabidos. Mas el fuero a de ser en todo y sobre todo cosa que pertenezca señaladamente al derecho e a la justicia. E por esto es mas paladino que la costumbre, ni el uso mas concejero: ca en todo lugar se puede dezir, e entender. E por ende a este nombre Fuero: porque no se debe dezir, ni mostrar escondidamente mas por las plaças, e por los otros lugares, a quien quier que lo quisiere oyr. E los antiguos pusieron en latin foru, por el mercado do se ayuntan los omes a comprar ey a vender sus cosas: e deste logar Tomo este nome Fuero quanto en España, que assi como el mercado se haze públicamente, assi ha de ser el fuero paladino y manifiesto".

[147] Ley VIII. "Como debe fazer el Fuero. Fecho debe ser el fuero bien e complidamente guardado en todas cosas razon e derecho, e igualdad e justicia. E deveser fazer con consejo de omes buenos e sabidores, e con voluntad del señor, e con plazer de aquellos sobre que lo pone. E esto se entiende de los omes de buen entendmiento: cantado mas el procomunal de todos, e de la tierra en que an de morar, que no la suya, e que non sean cobdiciosos, ni sobervios, ni de mala voluntad, ni ayan desamor unos con otros mientra lo finieren. E quando assi fuere fecho, puedenlo otorgar, e mandar por todoslo logares que le finiere que se tenga: e desta guisa sera assi como ley".

[148] CELAYA IBARRA, Adrián, "Fuero antiguo de la Merindad de Durango", en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, ISSN 0423-4847, Vol. 46, Nº. 2, 1998, pp. 1.

Vizcaya) dictado para la Bizkaia nuclear en 1342, que tenía un contenido esencialmente penal y algunas leyes de carácter civil, ninguna de las cuales tiene que ver con la sucesión por comisario, sino con libertades económicas y con la delimitación de la propiedad de ciertos prados entre los hijosdalgo y el señor, a decir de MONREAL ZIA[149].

*3.3. El Fuero Viejo de 1452.* Tiene este Fuero 219 capítulos o leyes que tratan de los temas más variados, empezando por el juramente del Señor, y siguiendo con la libertad de comercio, libertades fiscales, garantías procesales, etc., y un buen número de disposiciones de Derecho civil. En 11 de febrero de 1526, a petición del Corregidor Vázquez de Acuña, se hizo una revisión de algunas leyes, siendo de interés la de que, para evitar que se acudiera a fuentes interpretativas romanas o canónicas, manda tomar el Fuero al pie de la letra[150]. Añade LALINDE ABADÍA "En el Fuero Viejo de 1452 se parte de que de antiguo los vizcaínos ya han poseído una foralidad, pero que ha sido estrictamente consuetudinaria y no escrita, tratándose ahora de que el Rey de Castilla, como señor de Vizcaya, reconozca esa foralidad consuetudinaria, que pasa de ser no escrita a ser escrita. Es dudoso que el Fuero Viejo de Vizcaya represente la foralidad del pasado y es probable que lo que contenga sea la foralidad del siglo XV"[151].

Esta norma contiene específicamente una disposición sobre la sucesión por comisario, concretamente, el Capítulo CXXVII que reza: "Título del testamento fecho por poder: Otrosí por cuanto acaece muchas veces que algunos homes ó mujeres non pueden ordenar sus testamentos é mandas ó aunque puedan non quisieren declarar su postrimera voluntad para facer sus testamentos é establecen herederos, é dan poder á otros sus parientes é amigos, é los maridos á las mujeres, é las mujeres á los maridos para que después de su muerte en su logar puedan facer mandas é testamento é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles, é raíces como quisieren é por bien tovieren, é es duda si el tal poderío, é lo que por virtud de él fuere mandado, después de la muerte del testador debe valer ó non, é queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecían, que cuando quier que algunos home ó mujer dieren tal poderío á algunos, ó el marido á la mujer, ó la mujer al marido, vala todo lo que por los tales que ansi fuere dado tal poderío fuere fecho, é ordenado é mandado, ansi como si el testador mesmo en su vida hobiese fecho é ordenado"[152].

Se deducen de dicha regulación varios caracteres de la sucesión por comisario que perdurarán a lo largo de los siglos venideros, a saber:

---

[149] MONREAL ZIA, Gregorio. "Los Cuerpos de Derecho de las Encartaciones de Bizkaia", en *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº 5, 2008. San Sebastián. ISSN 1699-5376, pp. 44.

[150] CELAYA IBARRA, Adrián. *Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 55. LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 411. La STS, Sala 1ª, de 19-05-1960, afirma la prevalencia del derecho escrito en el Fuero de Vizcaya "… en Vizcaya el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales, y no podrá ser invocado como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales, a lo que se oponen las mismas leves del Fuero, que en la trece del título VII dispone que los Jueces que han de aplicar sus leves lo hagan al pie de la letra, en el Condado y Señorío sin atenerse a cualquier Ley del Fuero, uso y costumbre y ceremonia que anteriormente se haya guardado...".

[151] LALINDE ABADÍA ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, obra cit., pp. 264.

[152] AIPURUA ONDARO, Gontzal. *Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco. Antecedentes Forales, Legislación Civil General, Otras legislaciones forales o especiales, Legislación Constitucional, jurisprudencia*. Instituto de Estudios Vascos, Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, 1998. ISBN 84-7752-182-4, pp. 87 y 88.

3.3.1. Licitud. Comenzando por los últimos asertos, ya hemos visto que las Partidas prohibían el testamento por comisario. En el dudoso orden de prelación de fuentes de la Castilla en la Baja Edad Media era lógico que los redactores del Fuero de 1452 se preguntasen por la validez del poder por testatorio y así lo plantearon abiertamente: "é es duda si el tal poderio, é lo que por virtud de él fuere mandado, despues de la muerte del testador debe valer ó non, é queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecían". Es de notar que todavía no se usa la expresión "comisario", que a decir de NÚÑEZ IGLESIAS[153] aunque ya se empleaba entonces en texto italianos y canónicos altomedievales ("*fideicommissarius*" o, abreviadamente, "*commissarius*") su uso se generaliza en Castilla desde el siglo XIII y, en todo caso, desde las Leyes de Toro. Esta cuestión terminológica es otra prueba más del vínculo entre el Derecho castellano y el vizcaíno en torno a esta institución[154].

3.3.2. Naturaleza. Un verdadero poder a ejercitar por el comisario tras la muerte del causante. Las palabras del Fuero Viejo tienen enjundia, a saber: Es un delegado para testar por el causante por obvias razones *gramaticales "para que despues de su muerte en su logar"* (la delegación) *y "como quisieren é por bien tovieren"* (no es un *nuntius* o mero mensajero del causante). De las que se deduce que, a modo de redundancia, o para evitar pruritos doctrinales, y por si no hubiera quedado claro, como en el Fuero Real, se le otorgan no ya meras facultades de ejecución testamentaria o *executio* (para dar é distribuir é partir entre sus herederos), ni mera fiducia distributiva *in incertum de certis*, tampoco meramente la potestad de ordenar mandas más o menos pías contra la parte de libre disposición ("para que despues de su muerte en su logar puedan facer mandas[155]). No, el comisario bajo el *Fuero Viejo* tiene todas las facultades de la *ordinatio* de la herencia del poderdante, incluida las máximas ("establecen herederos") y de apartamiento en los bienes raíces (cfr. Capítulo XXXVI). Igualmente se descarta que el encargo sea un *officium* del que se deba rendir cuentas a la Autoridad, como el tutor, que cuenta con su propia regulación (Capítulo CXXI). Un argumento sistemático adicional: por una parte el Capítulo CVI prevé la sucesión "ab-intestato", o sea, a falta de testamento y, asimismo, no exige la institución de heredero para la validez del testamento ("que si nigun home ó mujer muriere sin facer testamento o sin manda"), de lo que se deduce un estatuto sucesorio bajo medieval, no excesivamente romanizado, en la línea del Fuero Real (Título V del Libro III), y apartado de las Partidas, en el que quien muere habiendo otorgado poder testatorio no muere intestado.

3.3.3. Requisitos subjetivos. a) Comitente. La expresión del presupuesto de la institución del comisario, "non pueden ordenar sus testamentos é mandas", recuerda a la ley 31 de Toro ("porque no pueden facer sus testamentos") que ya vimos era entendida

[153] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp.118.

[154] Lo reconoce implícitamente CELAYA IBARRA, Adrián en *El testamento por* comisario, obra cit., pp. 739; ANGULO LAGUNA, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*. Hijos de Reus, Madrid, 1903. Edición facsímil en *Colección Clásicos Derecho Vasco*. AVD/ZEA, Bilbao, 2006. ISBN84-7752-348-7, pp. 190; y LEZÓN NOVOA, Manuel-Ricardo. "Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero de Vizcaya", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, núm. 216, pp. 300. Explícitamente GARCÍA ROYO, Luis, *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo II, obra cit., pp. 304: "No sólo la prohibición sería ateleológica, sino inexplicable históricamente, porque la ley 3ª del título XXI del Fuero de Vizcaya es una reproducción casi textual del Fuero Real (ley 7ª, título 5º, libro 3º)".

[155] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 68: el mandato del ejecutor testamentario, el fideicomiso y o el comisario no vienen del "*mandato*" entendido como el contrato así llamado, sino como el poder de disponer imperativamente mortis causa del que hace. De ahí que al testamento o al legado se designen como manda.

por los Comentaristas en el sentido de que la impotencia de que habla la ley no se ha de entender absoluta, sino relativa, que le impide se ejecute el acto sin mucho trabajo e incomodidad. No sorprende que se admita que tanto la mujer como el marido puedan ser comitente o comisario, por lo que regula la capacidad para testar de ambos, lo cual sucedía también en derecho castellano[156]. Seguramente resume la práctica anterior y anticipa la posterior, que el testamento por poder se otorga habitualmente sólo entre cónyuges y excepcionalmente a favor de terceros. b) Nada se dice sobre el comisario, salvo que pueden ser unos o varios, amigos, cónyuge o parientes, lo que implícitamente nos dice que el mismo puede estar interesado en a sucesión y autoatribuirse bienes. c) Sucesores: La libertad del causante de elegir sucesor con apartamiento de los demás parientes (Capítulos CV y CXXV) se le reconoce al comisario (é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles, é raices como quisieren é por bien tovieren). Mientras los bienes muebles son de libre disposición (Capítulo CXI) de los inmuebles (Capítulos CXII, CXIV) sólo se puede disponer a favor de los parientes más próximos o *profincos*.

3.3.4. Requisitos objetivos. La sucesión por poder comprende todos los bienes del causante ("todos sus bienes muebles, é raices"). Como en el Fuero Real, está vinculada la *ordinatio* a la *executio*, pues se le otorgan no ya meras facultades de ejecución testamentaria ("para dar é distribuir é partir entre sus herederos"*)* sino incluso la discutida entre canonistas y romanistas facultad de instituir herederos "é establecen herederos".

3.3.5. Requisitos formales. La "carta de poder" o poder fue usado contemporáneamente en Castilla y también en los documentos otorgados bajo el Fuero de Bizkaia de 1526, como veremos después, luego podemos intuir que se usó tal forma también durante la vigencia del Fuero Viejo de 1452. E igualmente se debió usar el testamento mancomunado como forma preferente de testar ambos cónyuges (Capítulo CXXV del Fuero de 1452[157]) máxime teniendo en cuenta que al mismo se le daba un carácter irrevocable durante un año, luego apunta al otorgamiento en peligro de muerte, el mismo fundamento jurídico que se daba tradicionalmente al poder testatorio. La donación se debió de emplear como medio de formalizar el poder testatorio pues se equiparaba al testamento a ciertos efectos sucesorios (Capítulo CV) "cualquier home o mujer pueda dar, así en vida como en el artículo de la muerte, todos sus bienes muebles é raices", p.ej. la desheredación (Capítulo CXVI), reversión (Capítulo CXIII), prohibición de disposición de bienes raíces a extraños (Capítulo CXIV, frente a la libertad dispositiva de los muebles como hemos visto). Y sobre todo, el régimen de comunicación foral de bienes o comunidad universal de bienes (Capítulo CXVII[158])

[156] Cita NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 97, una escritura de donación recíproca entre cónyuges otorgada en Silos en 1160 en que cada cónyuge concede al otro poder para fijar mortis causa el destino definitivo de los bienes que le dona, una entrega de los bienes de un cónyuge a otro, al que se instituye como intermediario de la transmisión definitiva y se reviste con amplios poderes vitalicios.

[157] "De los testamentos ó mandas é cuales deben valer e no. Dijeron que habian de fuero é de costumbre igualmente que si el mando en su enfermedad ó sanidad ó la mujer ficieren testamento é mandas de un acuerdo é consuno, que el tal testamento ó mandas en él contenidas valiesen, é la mujer despues del marido, nin el marido despues de 1a mujer, non puedan revocar; si el marido é la mujer muriesen dentro de un año é día, que despues de pasado año e día, cada uno de ellos pueda revucar é facer testamento é mandas como quisiere é por bien tuviere: e por ende dijieron que afirmaban é establecían por ley el dicho uso é costumbre, que valiese asi de aquí adelante".

[158] Dudosamente subordinadaza históricamente su consumación a la muerte de un cónyuge habiendo descendientes comunes sino a la mera celebración del matrimonio. Para autores a favor y en contra, véase

induce a pensar que el posterior Fuero de 1526 recogió la práctica, uso o costumbre de otorgar el poder testatorio en capitulaciones matrimoniales y pactos sucesorios bajo la forma de donaciones.

3.3.6. Efectos. Pendiente el ejercicio del poder testatorio nada se previó, aparentemente. Si como era tradición, el poder se otorgaba entre cónyuges regía la comunicación foral de bienes (Capítulo CXVII[159]) hasta la partición (Capítulo CXXIX) y por tanto el supérstite tenía la administración del caudal indiviso.

3.3.6. Extinción. En el Fuero Viejo no había causa de extinción prevista ni limitación alguna de tiempo para el comisario, que aparece por primera vez en el Fuero Nuevo.

*3.4. El Fuero de las Encartaciones de 1503.* Según CELAYA IBARRA[160] se compone de 111 capítulos o leyes. Para MONREAL ZIA[161] dicho texto recogió en su casi integridad el Cuaderno encartado precedente de 1394 y el Fuero Viejo de Bizkaia en lo penal. Los treinta y ocho últimos contiene el "*fuero de albedrío*" de carácter eminentemente civil, y dentro de su texto se contiene también el conocido como "*fuero de vecino*" aplicable en los valles de Salcedo y Gordejuela a decir de CELAYA IBARRA[162], seguramente inspirado en DE LA QUADRA SALCEDO[163], para quien la libertad de testar, sólo tenía aplicación en dichos valles de Gordejuela y Salcedo, mientras que en el resto de las Encartaciones regía el Derecho castellano. Pero no consta se recogiera la figura de la sucesión por comisario.

*3.5. El Fuero Nuevo de 1526.* Consta de 36 títulos divididos en un número desigual de leyes que han regido prácticamente durante cuatro siglos. La sucesión por comisario se regula en la ley III del Título *XXI "De los Comissarios, y como pueden elegir heredero",* que regirá hasta 1959: "Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, uso, y costumbre, y establecian por Ley, que por quanto muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus Testamentos, y mandas, ó aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder á algunos, sus partes, ó amigos, ó Muger al Marido, ó el Marido á la Muger, para que fallecido el que havia de testar, hagan los tales Comissarios el tal Testamento, y institucion, ó instituciones de herederos; y puede ser

---

MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno*, obra cit., pp. 131. "Otrosi dijeron que habian de uso e de costumbre e por fuero que cuando cualquier hombre con la mujer é la mujer con el hombre casase á ley é bendicion, segun la Santa Madre Igleia manda que todos los bienes muebles ó raices que el marido ó la mujer hobieren fueren comunes é hobieren á medias, aunque el marido hobiese muchos é la mujer non nada, ó la mujer muchos y el marido non nada, é que annsi ordenaban é ordenaron que valiese segun fasta aqui fue usado é acostumbrado, como en esta ley se contiene"

[159] "Titulo de las ganancias del marido y la mujer. Otrosi dijeron que habian de uso é de costumbre é por fuero que cuando cualquier hombre con la mujer ó la mujer con el hombre casase á ley é bendicion, segun la Santa Madre Iglesia manda, que todos los bienes muebles ó raices que el marido ó la mujer hobieren fueren comunes é hobieren á medias, aunque el marido hobiese muchos é la mujer non nada, ó la mujer muchos y el marido non nada, é que ansi ordenaban é ordenaron que valiese segun fasta aqui fue usado é acostumbrado, como en esta ley se contiene".

[160] CELAYA IBARRA, Adrián*, Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 27.

[161] MONREAL ZIA, Gregorio, "Los Cuerpos de Derecho de las Encartaciones de Bizkaia", obra cit., pp. 93.

[162] Ibídem.

[163] DE LA QUADRA SALCEDO, Fernando, *Fuero de las M. N. y L. Encartaciones*, Imprenta de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1916. Edición facsímil en *Colección de Derecho Vasco*, AVD/ZEA, 2007. ISBN 84-7752-426-2, pp. 64.

que el tal fallecido ha dexado hijos, ó decendientes, ó profincos, que le han de suceder, pupilos, y pequeños, y de tal edad, y condicion, y calidad, que los Comissarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, qual es más idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa, y Casería; y á esta causa por facerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, á vezes no suceden bien. Por ende, que establecian, que el tal poder, y comission valiesse; con que los Comissarios, puedan hacer la eleccion, y institucion, y nombramiento de heredero, ó herederos, si los hijos, ó decendientes, ó profincos, é tronquero del Testador, fueren al tiempo que el Testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales Comissarios termino de año, y dia, para hacer la tal institucion, ó instituciones: Pero si los tales hijos, ó successores fueren de edad pupilar, los Comissarios tengan término para instituir todo el tiempo, que los tales hijos, ó sucessores, fueren menores de edad, y disposicion de se poder casar, é dende un año cumplido, y dentro de este termino, en qualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal eleccion, ó insititucion. Y la tal institucion que hicieren; vala, no embargante que el Testador en su Testamento, é postrimera voluntad, no haya nombrado, ni declarado á qual de su hijos, ó decendientes, ó successores le hayan de heredar, ó los Comissarios nombrar, y elegir. Pero si acaece, que en tal transcurso de tiempo, alguno, ó algunos de los tales Comissarios fallecen sin hacer la dicha eleccion, que en qualquier, ó qualesquier Comissarios que vivos quedaren, quede la dicha facultad in solidum".

3.5.1. Licitud. Quizás para defenderse de la visión contraria de las Leyes de Toro y su presunción *iuris et de iure* del uso fraudulento de la institución, el *Fuero Nuevo* contiene una introducción o justificación de la validez del poder testatorio. La misma radica según el mismo en la minoría de edad de los hijos, la cual dificulta la elección de quién podría ser el idóneo para la sucesión en el caserío (apartando a los demás). Según ANGULO LAGUNA[164] "La elección de heredero debe hacerse en condiciones tales, que el que elija disponga de medios bastantes para juzgar quién es el más idóneo, ó hábil o suficiente, ó conveniente a la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa y Casería; estas son las palabras de la ley". Por tanto no parece que el comisario tuviere un *arbitrium merae voluntatis*, sino que cabe presumir que la elección del sucesor se ajustaba al *acto debido* un *arbitrum boni viris* para elegir *in incertum de certis*.

3.5.2. Naturaleza. Cabe repetir lo mismo dicho sobre el poder testatorio bajo el *Fuero Viejo*. De igual parecer es DE JADO Y VENTADES[165], quien afirma que el Fuero Nuevo de Vizcaya "concede a los comisarios las más amplias facultades para la ordenación del testamento, las mismas que corresponden al testador". Y ANGULO LAGUNA[166] habla de un mandato representativo, lo que se confirma con la práctica recogida por MONASTERIO AZPIRI[167] de manifestar el causante anticipadamente en

[164] ANGULO LAGUNA, Diego, *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 118.
[165] DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 267.
[166] ANGULO LAGUNA, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 190 y 191.
[167] MONASTERIO AZPIRI, Icíar (dir.). *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834*". Tomo I. Gobierno Vasco y Universidad de Deusto, Bilbao, 2002. ISBN: 9788445717370, pp.266, Escritura en ejercicio del poder testatorio y donación, Fica de 17 de junio de 1759 y Bilbao, 18 de abril de 1767: "y desde luego para quando llegue el caso aprobamos, y ratificamos qualquiera eleccion o elecciones, que el que o la que sobreviviere hiciere entre los referidos nuestros hijos e hija como si fuere fecha, y otorgada, por el que, o la que antes muriere, y queremos se guarde, cumpla y ejecute en todo y por todo segun, y como en ella se contuviere, y prorrogamos el uno a la otra, y esta al otro1 todo el termino que el que, o la que sobreviviere hiciere, y quisiere…". Lo mismo en un testamento dado en Derio, a 2 de marzo de 1693.

el poder testatorio la ratificación por el mismo de lo hecho por el comisario en el futuro en cumplimiento de su cometido[168].

Por tanto, el comisario vizcaíno bajo el *Fuero Nuevo* es un verdadero apoderado para testar por el causante por obvias razones gramaticales ("para que despues de su muerte en su logar", "que el tal poder, y comission valiesse"; "con que los Comissarios, puedan hacer la eleccion, y institucion, y nombramiento de heredero, ó herederos"). De las que se deduce que, a modo de redundancia, o para evitar pruritos doctrinales, y por si no hubiera quedado claro, se le otorgan no meras facultades de ejecución testamentaria, sino el máximo de la ordenación sucesoria ("hagan los tales Comissarios el tal Testamento, y institucion, ó instituciones de herederos"), incluso con apartamiento en los bienes raíces, como se ve con claridad en los referidos documentos históricos recopilados por MONASTERIO AZPIRI.

Igualmente se descarta que el encargo sea un *officium* como el tutor, que cuenta con su propia regulación (Ley I del Título XXII). LEZÓN NOVOA[169] va más allá y distingue entre la concesión al comisario de la mera delegación de testar y la misma unida al usufructo universal a favor del cónyuge, lo que se ha venido a llamar día *alkar poderoso*, que será consagrada legislativamente en la Ley 3/1992.

3.5.3. Requisitos subjetivos. a) Comitente. Reconoce toda la doctrina, así ANGULO LAGUNA, DE AREITIO Y MENDIOLEA y, desde luego, CELAYA IBARRA[170] que en Bizkaia lo corriente que el poder testatorio se otorgue entre cónyuges siendo verdaderamente raro que se confiera este mandato a parientes y amigos, aunque esto último sea lícito. b) Comisario. Novedad es que se explicita que puede nombrarse a varios comisarios, pues el Fuero Nuevo habla de *comissarios*. c) Sucesores: Se le reconoce al comisario plena libertad de elección del sucesor por el causante y apartamiento (Ley XI del Título XX y Ley XXIII del Titulo XXI[171]). Sus facultades de elección y de distribución de sucesores incluyen a los bienes muebles que, habiendo descendientes o ascendientes (legítimos), ya son de libre disposición hasta una quinta parte del valor de los bienes raíces pero sólo pagadera contra dichos bienes muebles del difunto (Ley XVIII del Título XX y Ley X del Título XXI). Contrasta esta relativa disponibilidad mortis causa de los bienes muebles frente a la absoluta limitación

[168] De modo inverso, a modo de anécdota, cabe señalar que el testamento mancomunado así se volvía desde el momento en que un testamento unilateral del cónyuge premuerto era aprobado por el supérstite (Ley I del Título XXI : "el testamento que hiciere el uno, el otro lo loare, y aprobare por bueno, o ratificare en vida del testador que muere"). Así, DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 253: "aún cuando los cónyuges hayan expresado su voluntad por separado, otorgando cada uno un testamento, esa voluntad es la misma; como el segundo testamento no es más que una aprobación o ratificación del otorgado por el otro cónyuge, la ley considera que en realidad sólo hay un testamento hecho de común acuerdo y por eso lo equipara en sus efectos al otorgado en un mismo acto e instrumento". VICARIO de la PEÑA, Nicolás, *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*. Madrid, 1901, recuperado de http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/25157, pp. 168: "la recíproca voluntad de los otorgantes es que lo que haga, disponga y ejecute el que sobreviva de los dos, valga y sea tan firme, eficaz y valedero como si por ambos juntos hubiese sido hecho y otorgado".

[169] LEZÓN NOVOA, Manuel-Ricardo. "Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero", obra cit., pp. 299.

[170] ANGULO LAGUNA, Diego, *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 195. AREITIO (de) y MENDIOLEA, Darío. *El Fuero, privilegios, franquezas, libertades del M. N. Y M. L. Señorío de Vizcaya*. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1977, ISBN 84-500-1791-2, pp. 40. Por citar una, CELAYA IBARRA, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XVI, obra cit., pp. 161.

[171] "é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles, é raices como quisieren é por bien tovieren".

dispositiva sobre los bienes raíces o inmuebles, que sólo pueden ser atribuidos a los parientes *profincos*[172], o sea, tronqueros más próximos (Ley XIV del Título XX y Ley X del Título XXI)[173].

3.5.4. Requisitos objetivos. La ley 3ª del título XXI del Fuero de Nuevo no es muy explícita sobre las facultades que pueden delegarse en el comisario, pero parece distinguir como las Leyes de Toro entre poder general y poder especial. Efectivamente usa la expresión ya hallada en el Fuero Real de Castilla y en el Fuero Viejo "*para dar e distribuir e partir*", esto es, que el comisario tiene tanto *ordinatio* como la *executio* de la herencia, que no confunde pues, distingue perfectamente entre las figuras del albacea o testamentario y el comisario. A éste último se le otorga la facultad de otorgar "el testamento última, postrimera voluntad haciendo las mandas, legados, declaraciones, y todas las demas disposiciones que convengan y sean necesarias".

Se incluyen la totalidad de "bienes asi muebles como raices y demas derechos y acciones en todo o en parte", la facultad de apartamiento "cada un real de treinta y quatro maravedis de vellon, y a cada arbol de los mas remotos de los pertenecidos de esta dicha caseria" si bien se reconoce a esta legítima su carácter formal o de derecho no exigible ("para que no tengan a los vienes que el que, los que, o la que fuere nombrado llevare derecho alguno").

Se solía hacer nombramiento de tutor o curador al otro cónyuge sobre los hijos comunes menores, relevándole de la obligación de prestar fianza.

También se nombraba "testamentarios y albaceas sin ninguna limitacion de termino sin embargo del qualesquiera leyes" al comisario.

Por fin se incluyen "*renuncias*" a las Leyes que, como las de Toro en cuanto al plazo, o en otros aspectos a fin de hacer prevalecer la voluntad del causante sobre las mismas, a modo de antecedente del art. 4 de la Ley 3/1992 y del art. 4 LDCV[174].

3.5.5. Requisitos formales. Al instrumento de ordenación de la sucesión por comisario se le solía denominar, como en Castilla, "*carta de poder para testar*"[175] y todavía en el siglo XX así lo denomina VICARIO DE LA PEÑA[176]. Al efecto cabía testamento mancomunado entre cónyuges (Ley I del Título XXI) máxime teniendo en

---

[172] "Profinco tronquero; más profinco; profincos y sucesores; profincos legítimos; tronqueros profincos;" etc., son los parientes más cercanos de la línea de donde proceden los bienes raíces o troncales.

[173] Sólo GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, MarianoJavier en "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", obra cit., pp. 142, entiende que bajo el Fuero Nuevo el comisario sólo podía elegir entre hijos, descendientes y profincos.

[174] Que tienen idéntica redacción "De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero".

[175] MONASTERIO AZPIRI, Icíar. *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Tomo I, obra cit., pp.264. Recoge escrituras en ejercicio del poder testatorio y donación, dada en Fica a 17 de junio de 1759 y Bilbao, 18 de abril de 1767: "Sepan quantos esta carta de poder para testar…".

[176] VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*, obra cit., pp. 170: La Audiencia Provincial de Burgos revoca la Sentencia del Juzgado de Guernica (que negó la validez de un testamento por comisario pues debía otorgarse con las mismas solemnidades que el testamento conforme a las Leyes de Toro) fundándose en que el poder mutuo puede conferirse en contrato *inter vivos* conforme a la Ley III del titulo XXI del Fuero de 1526.

cuenta que al mismo se le daba un carácter irrevocable durante un año, lo que apunta al otorgamiento en peligro de muerte, el mismo fundamento jurídico que se daba tradicionalmente al poder testatorio. El uso de la donación para recoger el poder testatorio se autorizó expresamente (Ley V del Título XXI) y generalmente se contenía en donaciones universales entre vivos. Éstas no pueden calificarse sino de verdaderos pactos sucesorios sobre la universalidad de la herencia, esto es, en la práctica, el Caserío, el cuál en el Bizkaia (y consuetudinariamente en el resto del País Vasco) se transmitía históricamente mediante la forma de donaciones entre vivos y por causa de muerte, capitulaciones matrimoniales, particiones hereditarias y también mediante testamentos ligados a dichos instrumentos[177].

3.5.6. Efectos antes de ordenar la sucesión. a) Inventario y avalúo. No se previeron. Sin embargo el usufructuario debe prestar fianza (Partidas IIIª, Título XXXI, Ley XX), garantía del usufructo que incluye la de hacer inventario[178]. Tal usufructo del caudal relicto recaía con carácter convencional en el comisario viudo, ora como explica LEZÓN NOVOA[179] mediante pacto en capitulaciones matrimoniales, ora como refiere DE URIARTE Y LEBARIO[180] mediante cláusula en el testamento mancomunado.

[177] Por citar un ejemplo de su basta obra dedicada en gran parte a este tema, MONASTERIO AZPIRI, Icíar, "Capítulo III de los pactos sucesorios sección primera disposiciones generales", en Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 143: "En los ss. XIV y XV la disposición en vida de la herencia, quedaba articulada en escritura de donación por razón de matrimonio o la donación universal de bienes a favor del hijo o hija legítimo o nieto –descendiente del hijo o hija fallecido–". 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. 73, sobre el Fuero Viejo y pp. 84 sobre el Fuero Nuevo. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 130. DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 85 y 86. NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 148 y 149. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco", en *Revista Jurídica de Navarra*. nº 22, Pamplona, 1996, ISSN 0213-5795, pp. 211. CELAYA IBARRA, Adrián*, Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 197

[178] Según DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir), *Comentarios al Código civil y a las Legislaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1979. ISBN84-7130-2969-ISBN 84-7130-216-0, pp 281, recuerda que la Partidas, 3ª, Título 31, Ley 20 ordenan prestar fianza, garantía del usufructo que incluye la de hacer inventario como fruto de la práctica de modo que lo que era uso "normal" se convirtió en deber "legal": "dando primeramente recaudo que la cosa en que ha el uso fruto non se pierda, nin se empeore por su culpa, nin por cobdicia quel mueva a esquilmarla mas de lo que conviene. E que quando el finare o se cumpliere o otra manera el tiempo a que la devia esquilmar, que la cosa sea tornada a aquel que otorgo el usofruto Della, o a quien mandre, o a sus herederos si el fuere finado…".

[179] 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»".

[180] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, "Ponencia sobre el Proyecto de Apéndice del Código Civil para Vizcaya y Álava (1930) de Luis María DE URIARTE y Lebario", en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. documento nº 6, pp. 8: "Ordinariamente, los padres usan de esta forma

Además existía la atribución del usufructo por ley a favor del padre (sólo él, no la madre) quien, como tutor de sus hijos menores de dieciocho años (Ley II del Título XXII del Fuero Nuevo), devendría usufructuario de los bienes del causante pendientes del ejercicio del poder testatorio (Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo). Los estudios documentales de MONASTERIO AZPIRI[181] revelan que dichas obligaciones de formar inventario y hacer fianza debían de ser exigidas en la práctica pues se solía rogar la relevación del deber de fianza. b) Administración. Otorgado el poder testatorio entre cónyuges, la *comunicación foral de bienes*, sociedad conyugal universal de bienes privativos y ganados por los cónyuges, suponía que pendiente su liquidación tras su disolución por la muerte de un esposo, era administrada por el otro consorte como condómino que era. Igualmente era común la inclusión de cláusulas confiriendo la administración a los comisarios otorgándoles adicionalmente el carácter de albaceas[182].

3.5.7. Ejecución. Según DE LECANDA MENDIETA[183] se autorizaba al comisario a elegir heredero. No obstante, ANGULO LAGUNA[184] entiende que hay cierto sentido de acto debido en la elección del sucesor, como hemos visto. Comenta CELAYA IBARRA[185] que "censuraba BALPARDA LAS HERRERIAS[186] la facultad del comisario de usar de su poder en varios actos, porque esto es concederle más derechos que al testador mismo. Pero con el mismo argumento replicaba DE JADO Y VENTADES[187] que al permitir el uso del poder testatorio en uno o varios actos, a medida que los presuntos herederos se vayan casando o adquieran la mayor edad o cuando lo tuvieren por conveniente, no se hace otra cosa que permitir al comisario lo que es permitido al poderdante. Parece que el uso de los poderes en varios actos era una costumbre foral de frecuente aplicación". Desde luego la práctica común era su inserción en las capitulaciones matrimoniales, su otorgamiento por razón del

---

de testar cuando alguno de ellos está enfermo de gravedad y aún no ha habido ocasión de concertar las capitulaciones matrimoniales del hijo designado para recibir la sucesión".

[181] MONASTERIO AZPIRI, Icíar, *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Tomo I, obra cit., pp.370, juicio que concluye por Sentencia del Corregidor de 05-02-1793.

[182] MONASTERIO AZPIRI, Icíar, *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Tomo I, obra cit., pp. 270. En un testamento dado en Derio, 2 de marzo de 1693 a los comisarios "encargo cuiden de ellos y de la conserbacion y aumento de sus vienes, y de todo lo demas remanente del todos los dichos mis vienes, censos y creditos contenidos en este dicho mi testamento, y demas derechos y acciones a mi pertenecientes en manera alguna como tambien de todos los que a mi me tocan por derecho en los vienes contenidos".

[183] DE LECANDA MENDIETA, Manuel, *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Vizcaya precedido de la memoria sobre las instituciones civiles de aquel país*. Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, 1888, pp. 13, en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. apéndice documental 1, pp. 13: "Pasando al tít. XXI de la ley del Fuero, encontramos dignas de conservarse las disposiciones de las leyes 3ª, 5ª, 7ª, 8ª y 9ª. En el poder para testar se puede facultar para la elección de heredero…".

[184] ANGULO LAGUNA, Diego, *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 118: "La elección de heredero debe hacerse en condiciones tales, que el que elija disponga de medios bastantes para juzgar quién es el más idóneo, ó hábil o suficiente, ó conveniente a la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa y Casería; estas son las palabras de la ley".

[185] CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 760.

[186] DE BALPARDA LAS HERRERIAS, Gregorio, *El Fuero de Vizcaya en lo civil: estudio crítico del proyecto de apéndice del Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava / conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales por* Gregorio *Balparda las Herrerias*, Bilbao, Imprenta Casa de la Misericordia, 1903. Recuperado de http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/25235, pp. 43.

[187] DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 271.

matrimonio[188]. La revocabilidad del acto en ejercicio del poder testatorio era discutida en la doctrina.

3.5.8. Extinción. LEZÓN NOVOA[189] da las siguientes: "El poder testatorio se extingue, caduca o queda sin efecto en los siguientes casos: 1º , cuando el poderdante dispone de todos sus bienes inter vivos o mortis causa; 2º , cuando expresamente revoca el poder, aun cuando sea dudoso que pueda revocarlo cuando se otorga recíprocamente; 3º, cuando el matrimonio se disuelve sin descendencia; 4º, cuando el comisario viudo contrae segundas nupcias; 5º, cuando el comisario fallece sin haber hecho uso de sus facultades de elección de heredero o distribución de los bienes del premuerto, y 6º, cuando transcurran los plazo señalados por el Fuero sin hacer uso del poder, salvo autorización expresa de prórroga indefinida". Es de notar que prácticamente se remite en su integridad a las causas de extinción que CARPIO[190] daba en las Leyes de Toro.

La causa de extinción más problemática fue la del transcurso del tiempo, pues fue lugar común entender que el plazo fijado por el Fuero para el ejercicio del poder testatorio era dispositivo y, en consecuencia el comitente podría prorrogarlo a toda la vida del comisario viudo. Así, DE AREITIO Y MENDIOLEA[191] indentica "escrituras de capitulaciones matrimoniales y testamentos desde el siglo XVI en donde se consigna la prórroga con una fórmula parecida a la usada en la actualidad. La prórroga es una facultad que posee el otorgante de delegar su derecho para designar o elegir heredero, mientras no haya una ley explicita que se lo prohíba". Esta solución es la misma dada por Comentaristas y por la jurisprudencia en la aplicación de las Leyes de Toro. Sin

[188] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 53.

[189] LEZÓN NOVOA, Manuel-Ricardo, "Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero", obra cit., pp. 304. Prácticamente reproduce, las causas de extinción del poder testatorio que Carpio señaló siglos antes para las Leyes de Toro: "El poder testatorio se extingue, caduca o queda sin efecto en los siguientes casos: 1º , cuando el poderdante dispone de todos sus bienes inter vivos o mortis causa; 2º , cuando expresamente revoca el poder, aun cuando sea dudoso que pueda revocarlo cuando se otorga recíprocamente; 3º, cuando el matrimonio se disuelve sin descendencia; 4º, cuando el comisario viudo contrae segundas nupcias; 5º, cuando el comisario fallece sin haber hecho uso de sus facultades de elección de heredero o distribución de los bienes del premuerto, y 6º, cuando transcurran los plazo señalados por el Fuero sin hacer uso del poder, salvo autorización expresa de prórroga indefinida".

[190] SARRIÓN GUALDA, José, "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro…", obra cit., pp. pag. 258. En las pp. 268 a 270 cita a Carpio cuya relación de causas es casi por orden la establecida en los art. 47 y 171 Ley 3/1992 y 45 LDCV: "Primera: «si commissarius officium injunctum non agnoverit»; y añade: «ex eius voluntate finitur». Concebido el encargo como un mandato, en realidad no puede decirse que finalice ex voluntate, pues sin consentimiento, aunque sea tácito, no puede surgir; pero Carpio lo afirma. Segunda: «mors commissarii», pues en el mandato la muerte del mandatario lo extingue. Tercera: «ex revocatione mandati (…) commissario injuncti»; y la revocación puede ser tácita. Cuarta: «ex mutatione status in deterius». Pero bien entendido que el comisario «qui habet facultatem nominandi, seu declarandi, non perdit eam per deportationem», sino por condena a una mina (damnationem in metallum). Quinta: «extinctionis officii, seu mandati, elicitur ex inimicitia [...] superveniente»; es decir, enemistad posterior al nombramiento del comisario. Sexta: «ex impedimento, seu furore (...) mandatarii». Séptima: si «ex suspicione [...] remotus fuerit ab officio». Octava: «ex transcursu temporis, seu termini assignati et constituti, ex quo perimitur officium». Novena: «ex eius complemento seu executione», también si el encargo es cumplido por otro. Décima: «ex causa cessante, ad quam officium, seu mandatum fuit constitutum». A éstas habría que añadir otras causas, contempladas para el ejecutor en el derecho común, como la extinción del encargo hecho a una mujer cuando vivía lujuriosamente, y que se trasladan al comisario.".

[191] AREITIO (de) y MENDIOLEA, Darío, *El Fuero, privilegios, franquezas, libertades del M. N. Y M. L. Señorío de Vizcaya*, obra cit., pp. 41.

embargo, como señala CELAYA IBARRA[192] la jurisprudencia recaída sobre el Fuero Nuevo y la prórroga fue contradictoria: A favor de la prórroga, la STS de 19-09-1863 siguiendo el criterio de las Leyes de Toro de que el plazo se da en beneficio del causante, quien puede prorrogarlo. En contra, las STS 30-04-1957 y ss. Ésta rechaza la prórroga porque es una costumbre *contra legem* (STS de 19-05-1960, 17-06-1957 y 29-04-1964) y todo retraso en la percepción de la herencia impuesto por disposiciones legales ha de ser interpretado restrictivamente STS de 30-04-1957).

Por fin, indiquemos que el Fuero Nuevo es la norma positiva que más tiempo ha regido en Bizkia (1526-1959) y su esencia puede ser hallada en la LDCV.

**4. Los diferentes proyectos anteriores a la Compilación: el Proyecto de Apéndice de 1900 y el Proyecto de Apéndice de 1928.**

La Guerra de Sucesión al Trono de España no afectó a la supervivencia de las instituciones de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, ni los de Navarra, que por ponerse del lado vencedor (Felipe de Anjou, Felipe V), no vieron afectados sus Fueros, ni en el aspecto jurídico público ni en el privado. No así los Reinos de Aragón y Valencia y el Condado de Barcelona, Cataluña, que fueron privadas de su derecho público.

El cambio vendrá con la Constitución de Cádiz de 1812, la cual, dicho sea de paso, presentó la paradoja de que en dicha ciudad se redactó mientras se luchaba en la misma contra los franceses. Es decir se procuraba la modernización de España *a la francesa*, de modo centralista, pero sin franceses, cuyo exponente, para lo que aquí interesa fue su art. 258: "El Código Civil, el Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes". Este programa no se llevó a la práctica, salvo la aprobación tras la primera Guerra Carlista de la Ley de 25 de octubre de 1839, cuyo artículo primero se disponía la confirmación de los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía. Efectivamente, tal unidad legislativa jurídico privada sólo se intentó llevar a cabo en el ámbito del Derecho civil con el Proyecto de Código civil de 1851 que fracasó precisamente por tratar de prescindir de las especialidades forales vigentes en España.

Frustrado dicho intento unitario, en el doble sentido territorial y dogmático, las Cortes españolas proceden a legislar aisladamente ciertas materias comunes para toda la Nación (Ley Hipotecaria de 1861, Ley del Notariado de 1862, Ley de Aguas de 1866 y la Ley del Registro civil de 1871). Y de seguido se opta por aprobar un Código civil central o troncal al que se le incorporarán apéndices o anexos para cada una de las regiones forales que se consideraran de interés. Con dicho fin se incorporan en 1888 a la Comisión General de Codificación representantes de cada uno de los territorios forales que han de redactar una Memoria sobre los principios e instituciones de Derecho foral de cada territorio que deban incluirse en el futuro Código civil (art. 5 y 6 de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888). De este sistema sólo surgirá el Apéndice de Aragón de 1926.

[192] CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, Tomo I. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989. ISBN 84-785-46-0, pp. 150, rechazó tales conclusiones en base al carácter puramente dispositivo la Ley 31 del Título XXI.

Un Real Decreto de 24 de abril de 1899 estableció para Bizkaia una comisión de cinco miembros. Siguiendo a URRUTIA BADIOLA[193] "La metodología de trabajo, sin embargo, consistió en una triple revisión de los textos en juego": Examen del contenido de las leyes del Fuero Nuevo de 1526, redacción de un Proyecto de Apéndice articulado junto con una Memoria justificativa de las soluciones propuestas, revisión por la comisión del mismo, período de alegaciones públicas, y tras el examen de éstas remisión del Proyecto al Ministro de Gracia y Justicia".

La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959 está directamente inspirada en este anteproyecto de apéndice de 1928. Siendo aquélla antecedente inmediato a la Ley 3/1992, primer *corpus* normativo moderno sobre, al menos parte, del Derecho Civil Vasco, es imprescindible esbozar su regulación, y la de su precedente de 1900 para conocer más en profundidad la LDCV.

*4.1. El proyecto de apéndice de 1900 y la sucesión por comisario.*

Mantiene la tradicional división normativa pues es de aplicación, a la Tierra Llana de Bizkaia (art. 1) y a Llodio y Aramayona (art. 132) pero no a Bilbao, ni a las restantes once Villas ni a la Ciudad de Orduña (art. 2).

4.1.1. Licitud. Siguiendo la línea, adelantada de VICARIO DE LA PEÑA[194], en la Memoria elevada por DE LECANDA MENDIETA[195] a la Comisión General de Codificación, se solicitó el mantenimiento de la figura del "poder para testar". Así, pese a que ALONSO MARTÍNEZ era reacio a conservar la figura del poder testatorio[196] este Proyecto de Apéndice de 1900 sí incluirá la figura que nos ocupa. DE URIARTE Y LEBARIO le da el tradicional fundamento del uso del poder para testar para la mejor la elección del sucesor entre los hijos menores del causante[197]. Para BALPARDA LAS HERRERIAS[198] el Proyecto de Apéndice da a la institución una "amplitud desmesurada".

---

[193] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. 20.

[194] VICARIO de la PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, obra cit., pp. 12.

[195] DE LECANDA MENDIETA, Manuel, *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Vizcaya precedido de la memoria sobre las instituciones civiles de aquel país*, obra cit., pp. 13: "Pasando al tít. XXI de la ley del Fuero, encontramos dignas de conservarse las disposiciones de las leyes 3ª, 5ª, 7ª, 8ª y 9ª. En el poder para testar se puede facultar para la elección de heredero…".

[196] MONREAL ZIA, Gregorio. "Codificación civil y legislación foral de Bizkaia", obra cit., pp. 203: "Pero no es partidario Alonso Martínez de recoger en el futuro Código o Apéndice del mismo otras instituciones forales vizcaínas que Lecanda quería preservar. Así, (…) el testamento por comisario y el otorgado ante testigos (…) En definitiva, concluye Alonso Martínez, «son tres las instituciones jurídicas que deben conservarse, por ahora al menos, en este hermoso país; una, el principio de troncalidad en sus varias formas y manifestaciones; otra, el derecho del padre de familia para elegir sucesor entre sus hijos, apartando a los demás con algún tanto de tierra; y la tercera, la hermandad o comunicación de bienes entre los cónyuges cuando tienen descendencia»".

[197] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, "Ponencia sobre el Proyecto de Apéndice del Código Civil para Vizcaya y Álava (1930) de Luis María de Uriarte y Lebario", obra cit., pp. 8: "Por el testamento conjunto se evita que el marido y la mujer nombren herederos distintos de la mitad del caserío que a cada uno corresponde por comunicación, y el nombramiento del comisario permite al padre o madre cuyos hijos no están en edad de que entre ellos escoja el heredero único, autorizar a otra persona, de ordinario su cónyuge, para hacer la elección en el momento oportuno".

[198] DE BALPARDA LAS HERRERIAS, Gregorio, *El Fuero de Vizcaya en lo civil: estudio crítico del proyecto de apéndice del Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava*

4.1.2. Naturaleza. Comienza el Proyecto de 1900 con una imprecisión terminológica que arrastrará la Compilación en su art. 13 explícitamente, e implícitamente tanto la Ley 3/1992 (art. 27), como la LDCV (Sección 4ª, Capítulo I, Título II, Libro I), esto es, regular la institución de la sucesión por comisario dentro de las formas testamentarias. Es decir, aparentemente, sólo aparentemente, confunde la voluntad del causante de remitirse a un tercero que determine el modo de deferir la herencia, con el título formal en que tal voluntad del *de cuius* se plasma. La diferencia no es baladí, pues por tratarse de una cuestión del fondo de la sucesión, la licitud de la institución de la sucesión por poder se juzgará confomr a la ley personal del causante[199]: "Art. 16.Además de los testamentos admitidos por el Código civil se admiten por este Apéndice el testamento conjunto de marido y mujer y el testamento por comisario, llamado también poder testatorio".

El Proyecto de 1900 dedica todo el Título V del Libro I a esta institución que titula "Del Testamento por comisario" y ratifica la línea histórica que el testamento por comisario es igual al testamento por poder. Esta expresión ("testamento por comisario, llamado también poder testatorio") se repetirá el art. 14 del Proyecto de 1928 y el art. 13 de la Compilación. Y la Ley 3/1992 consagrará definitivamente al asumirlo y aclarar la diferencia entre el acto de otorgar el poder y el acto de su ejercicio, pues la Sección 3ª, Capítulo I, Título III, Libro I pasa a titularse "Del poder testatorio y del testamento por comisario". En la misma línea la Sección 4ª, del Capítulo I, del Título I de la LDCV se denominará "De la sucesión por comisario". Efectivamente, la naturaleza del cargo del comisario como apoderado *post mortem* del causante es claro a tenor del art. 25 de dicho Proyecto de 1900: "El testador que no quisiere hacer por sí la designación de heredero podrá delegar en uno o varios comisarios esta facultad y todas las demás relativas a sus bienes". Por argumentos gramaticales (delegar), delegar la máxima facultad testamentaria, la designación de heredero y delegar además cualesquiera facultades del causante relativas a sus bienes.

Un avance indudable es que la definición del cargo de comisario como personalísimo, intransmisible e indelegable (art. 30), al menos en apariencia porque tiene una excepción que no pasará a ser ley, a saber, que el cónyuge-comisario puede a su vez nombrar comisario, no sólo para que cumpla su propia voluntad, sino también con relación a los bienes del cónyuge premuerto de que no hubiese dispuesto el viudo (art. 36). Ello mereció crítica desfavorable DE URIARTE Y LEBARIO y BALPARDA LAS HERRERIAS[200], así como favorable de DE JADO Y VENTADES[201].

---

*/ conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales por Gregorio Balparda las Herrerias*, obra cit., pp. 43.

[199] CELAYA IBARRA, Adrián, *Vizcaya y su Fuero Civil*, obra cit., pp. 275. DE ASTORQUI ZABALA, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*. Aranzadi, Bilbao, 1964, pp. 94. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio". *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, 2004, ISSN 1888-0525,núm. extraordinario 1, pp. 139. GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana y MARTÍNEZ LLAMAZARES, Juan Carlos, "La práctica actual del poder testatorio" en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, 2004, núm. extraordinario 1, ISBN: 84-8968919–9, pp. 98.

[200] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, "Ponencia sobre el Proyecto de Apéndice del Código Civil para Vizcaya y Álava (1930) de Luis María DE URIARTE y Lebario", en Urrutia Badiola, Andrés-María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. 8. DE BALPARDA LAS HERRERIAS, Gregorio, *El Fuero de Vizcaya en lo civil: estudio crítico del proyecto de apéndice del Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava / conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales por Gregorio Balparda las Herrerias*, obra cit., pp. 43.

4.1.3. Requisitos subjetivos. a) Comitente. Dada la previa entrada en vigor del Código civil, que fijó los puntos de conexión en el Derecho interregional español (art. 9, 13 y 16 CC), el otorgante del poder testatorio deberá tener vecindad civil vizcaína aforada, punto de conexión innovador que perdurará hasta la LDCV, exclusive, pese al tímido intento del art. 13 Ley 3/1992 de que los vizcaínos no aforados pudieren otorgar testamento por comisario. Las Dª.Tª.1ª y 2ª del Proyecto de Apéndice regulan la adaptación al relativamente nuevo punto de conexión personal, la vecindad civil[202], en redacción precursora de las que será la Dª.Tª. 7ª de la LDCV. Se elimina la más o menos críptica referencia a que cabe otorgar poder testatorio cuando el causante no pueda testar y bastará que no quiera hacerlo (art. 25). b) Comisario. Se prevé la posibilidad de nombrar uno o varios comisarios (art. 25) éstos bajo actuación mancomunada salvo que el testador disponga otra cosa (art. 29). Pero se pierde la oportunidad de regular su capacidad que brindaba el art. 38 que aclaró cuando hubiera habido mayoría de edad a los efectos del Apéndice foral. Frente a la sucinta regulación del Fuero de 1526, el preponderante poder testatorio entre cónyuges se regula con mayor profundidad, otorgando más facultades al viudo, pero sólo para cuando haya hijos y descendientes de ambos (art. 37), de modo que el marido y mujer comisarios podrán hacer uso en su respectivo testamento del poder testatorio de su finado cónyuge, si no hubiesen usado de él en vida o si lo hubiesen utilizado sólo en parte (art. 35). Destaca como novedad que no será ley, ni se repetirá, que el cónyuge-comisario supérstite podría sub-delegar en su propio comisario la sucesión en bienes de que no hubiere dispuesto el premuerto (art. 36) pero sólo a favor de descendientes comunes. c) Sucesor. Había una deplorable discriminación entre hijos legítimos y de otra categoría (art. 57 y ss.), la legítima era de cuatro quintos de la herencia (art. 39) y se regulaba la troncalidad (art. 7 y ss.). El apartamiento permitirá elegir a un único sucesor o varios de los presuntamente llamados (art. 13 y 39).

4.1.4. Requisitos objetivos. El causante puede configurar el poder testatorio a su gusto (art. 27). A la inversa de las Leyes de Toro, que requerían poder especial al efecto, el apoderado general sujeto al Proyecto de Apéndice de 1900 "tendrá todas las que el testador hubiese tenido, pero no más, y por consiguiente deberá someterse, al hacer la designación de heredero y otorgar las demás disposiciones, a los preceptos de esta ley a que hubiere tenido obligación de someterse el testador según los casos" (art. 28). Este precepto, con redacción básicamente similar, pasará a la Compilación, art. 17, art. 32 Ley 3/1992 y art. 33.1 y 43.1 LDCV. Queda sin resolver específicamente si el comisario puede revocar el testamento del comitente, aunque el art. 28 induce a pensar que sí, *a sensu contrario*, pues tanto la Ley 34 de Toro[203], cuanto el art. 17 Compilación, como el art. 37 Ley 3/1992 lo prohibían salvo autorización expresa. Esto será interesante cara al análisis, más adelante, del art. 33.1 LDCV cuya redacción parece permitir la revocación del testamento del comitente pero no el poder en sí.

---

[201] DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 273.

[202] "1 . Desde el momento de publicarse este Apéndice, los habitantes de los términos municipales en que se altera el régimen civil ganarán, por el solo hecho de la promulgación, la vecindad correspondiente al nuevo régimen aplicable en cada término, tanto los de Derecho común como los de Derecho foral. 2. No obstante esto, los actos y contratos ejecutados y otorgados hasta ese momento por dichas personas serán válidos si lo fueren con arreglo a la ley actualmente vigente, y en tal caso surtirán todos sus efectos".

[203] Recuerda DE JADO Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 269: "Ahora bien; como el Derecho común vigente, el Código civil, prohíbe el testamento por comisario (…) En las leyes de Toro encontramos resueltas las omisiones de que adolece la ley del Fuero y lo dispuesto en aquellas ha de suplir la deficiencia de ésta".

4.1.5. Requisitos formales. En fórmula que pasará a la Compilación, la Ley 3/1992 y la LDCV, el art. 26 exigía el nombramiento de comisario en testamento, en cualquiera de las formas señaladas por el Código civil, incluso cerrado, pero admitía tanto el notarial como el no notarial, al contrario que hoy en día donde sólo se permite el primero. Además marido y mujer podrán nombrarse mutuamente comisarios en la escritura de capitulaciones matrimoniales. También los esposos pueden recurrir al "Testamento conjunto" (Título IV del Libro I, art. 17-24) cuya ventaja indudable era que el viudo tendría un usufructo vitalicio de la mitad de los bienes objeto del testamento mancomunado (art. 22).

4.1.6. Efectos pendiente la ejecución del poder. Los legitimarios del causante son meros *presuntos herederos* (art. 31-34). El apéndice introduce esta denominación por primera vez, expresión que luego pasará a la Compilación, Ley 3/1992 y LDCV, queriendo decir, como determinó en técnica jurídica precisa LEZÓN NOVOA[204] que "los elementos integrantes del grupo legitimario vizcaíno, mientras el fiduciario no destaca de entre éstos al que ha de ser dueño de los bienes por título de herencia, no tienen más que una simple esperanza de heredar y acciones impugnadoras de las posibles enajenaciones que de los bienes hereditarios pueda realizar el viudo a favor de extraños". Nada se trata de la formación de inventario, fianza o administración de la herencia, si bien si los esposos han otorgado "*Testamento conjunto*" el sobreviviente tendría un usufructo vitalicio de la mitad de los bienes objeto del testamento mancomunado (art. 22). Además, consecuencia de la consumación de la comunicación foral de bienes (art. 93) el viudo devenía administrador como condómino de los bienes de la misma, que incluyen la herencia del causante, pendiente su liquidación.

4.1.7. El ejercicio del poder testatorio (art. 14) podrá ser por testamento, manda, legado o donación *mortis causa*, así como capitulaciones matrimoniales o por donación *inter vivos* en cuya redacción se observarán las formalidades o requisitos extrínsecos que para su validez respectiva exija la ley, incluyendo el testamento ológrafo, militar y marítimo (cfr. art. 688 y ss. y art. 716 y ss. CC) a todos los efectos. Añade el art. 35 la prohibición de ejercitar el poder en el propio testamento del comisario, con la excepción de marido y mujer, los cuales en su respectivo testamento podrán hacer uso del poder testatorio de su finado cónyuge, lo que pasará a los art. 20 Compilación; art. 46 Ley 3/1992 y art. 43.2 LDCV. También se reconoce la posibilidad de ejercitar el poder en uno o varios otorgamientos pero sólo cabe el ejercicio parcial (art. 33) cuando hay sucesores menores de edad, a medida que los mismos casen o adquieran la mayor edad, o cuando tenga por conveniente el comisario, con el límite absoluto de la mayoría de edad de todos los sucesores presuntos, lo que pasará al art. 19 de la Compilación pero no a la Ley 3/1992 ni a la LDCV. Se afirma (art. 34) la irrevocabilidad de los actos en uso del poder testatorio. En todo caso, en la redacción del documento en que se haga se observarán las formalidades o requisitos extrínsecos que para su validez respectiva exija la ley, luego vale el testamento ológrafo a todos los efectos.

4.1.8. Extinción. Sólo se preocupa el Proyecto de 1900 del plazo de vencimiento (art. 31 y ss.) fijando claramente el *dies a quo* que antes era dudoso. Será conforme a dicho texto de un año y un día a partir del fallecimiento del causante, salvo si los herederos presuntos o alguno de ellos fuesen menores de edad, en cuyo caso los comisarios tendrán de plazo todo el tiempo que dure la menor edad del más joven y año

[204] LEZÓN NOVOA, Manuel-Ricardo, "Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero", obra cit., pp. 307.

y día más. Este plazo propuesto mereció crítica desfavorable DE URIARTE Y LEBARIO y DE JADO Y VENTADES[205] quienes deseaban la posibilidad de que el causante pueda otorgar prórroga vitalicia al cónyuge comisario, lo que tendrá lugar con la Ley 3/1992 pero no con la Compilación. El último autor citado afirma "No se prevé el caso de que el comisario o los comisarios dejen transcurrir el plazo sin haber hecho uso del poder; pero claro es que en este caso se entenderá que el causante murió intestado" [206].

*4.2. El Proyecto de Apéndice de 1928 y la sucesión por comisario.* Como en el Proyecto de 1900 mantiene la tradicional división normativa entre la Tierra Llana de Bizkaia (art. 1) y a Llodio y Aramayona (art. 119) donde es de aplicación, pero no a Bilbao, las restantes once Villas, ni la Ciudad de Orduña (art. 2) en que rige el Código civil. Citamos nuevamente a URRUTIA BADIOLA[207] "La historia sin embargo, no terminó ahí. El 17 de diciembre de 1923, la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao nombró una comisión para informar sobre el Provecto de Apéndice Foral de Vizcaya al Código civil. Esta comisión elevó el resultado de sus trabajos con fecha 1 de febrero 1928 a la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados. La Comisión, que se autotituló Ponencia, además del Informe, hizo una revisión del Provecto de Apéndice de 1900". La importancia de este Proyecto retocado en 1928 es que está redactado por familiares de o incluso directamente por quienes años después redactarán el Proyecto de la Compilación de 1959, que regirá desde este último año citado hasta 1992, y que obviamente bebe de aquélla fuente, treinta y un años anterior.

4.2.1. Licitud. Se dedica al poder testatorio todo el Título VI del Libro I del Proyecto que se titula "Del testamento por comisario", es decir, con la misma confusión conceptual entre el fondo y la forma de la ordenación de la sucesión por comisario que hemos visto al tratar del Proyecto de 1900 y que pasará sin subsanar a la Compilación de 1959 (Capítulo II del Título III del Libro I). Este error en la denominación se subsanará en la Ley 3/1992 que lo titulará "Del poder testatorio y del testamento por comisario". Y en la LDCV se llamará "De la sucesión por comisario".

4.2.2. Naturaleza. El Proyecto de 1928 (art. 14) mantiene la ya aludida imprecisión terminológica que arrastrará la Compilación, la Ley 3/1992 y la LDCV de calificar al testamento por comisario como una *forma testamentaria*, cuando es un modo o modalidad de producir un testamento. Mantiene respecto del anteproyecto de 1900 que el cargo es personalísimo, intransmisible e indelegable pero se elimina la posibilidad de que el cónyuge comisario pueda subdelegar en su comisario la sucesión en los bienes del cónyuge premuerto (art. 28). La concepción del cargo del comisario, como apoderado *post mortem* del causante es clara: "E1 testador que no quisiere hacer por sí la designación de heredero podrá delegar en uno o varios comisarios esta facultad y todas las demás relativas a sus bienes" (art. 23, idéntico al art. 25 del Proyecto de 1900).

[205] DE URIARTE y LEBARIO, Luis-María, "Ponencia sobre el Proyecto de Apéndice del Código Civil para Vizcaya y Álava (1930) de Luis María de Uriarte y Lebario", obra cit., pp. 8. DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya,* obra cit., pp. 271 y 272.
[206] Ibídem.
[207] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. 26.

4.2.3. Requisitos subjetivos. a) Comitente. Se mantiene la necesidad de que tenga vecindad civil vizcaína aforada (art. 9, 13 y 16 CC). Al igual que en el anteproyecto de 1900, bastará que el causante no quiera testar para que pueda otorgar el poder testatorio, sin incluirse la críptica frase sobre su imposibilidad al efecto (art. 23). b) Comisario. Se prevén uno o varios (art. 23) bajo actuación mancomunada (art. 27) y tampoco se regula su capacidad. El poder testatorio entre cónyuges no varía su regulación (art. 37) salvo que ya no se permite al supérstite subdelegar en su propio comisario la sucesión en bienes de que no hubiere dispuesto el premuerto (art. 36 del Proyecto de 1900). c) Sucesor. Se conserva la discriminación entre hijos legítimos y de otra categoría (art. 50), la legítima era de cuatro quintos de la herencia (art. 35). Se mantiene la sucesión forzosa de los bienes troncales (art. 13), la legítima de los descendientes se fija en cuatro quintos de la herencia (art. 39) y el apartamiento (art. 12 y 35) permitirá elegir a un único sucesor o varios de los presuntamente llamados.

4.2.4. Requisitos objetivos. Los art. 23 a 26 no contienen novedad respecto del Proyecto de 1900, sobre las facultades del comisario, pues "tendrá todas las que el testador hubiese tenido, pero no más, y por consiguiente deberá someterse, al hacer la designación de heredero y otorgar las demás disposiciones, a los preceptos de esta ley a que hubiere tenido obligación de someterse el testador según los casos", precepto que pasará a la Compilación, art. 17, art. 32 Ley 3/1992 y art. 33.1 y 43.1 LDCV. Nuevamente, queda sin resolver si el comisario puede revocar el testamento del comitente aunque el art. 26 induce a pensar que sí.

4.2.5. Requisitos formales. En fórmula que pasará a la Compilación, la Ley 3/1992 y la LDCV, el art. 24 exigía e1 nombramiento de comisario en testamento, en cualquiera de las formas señaladas por la propia normativa vizcaína y por el Código civil. Por lo tanto, resulta erróneo el Informe de la Comisión del Colegio de Abogados que alumbró el Proyecto de Apéndice de 1928 que dice en su pág. 10 que se había eliminado el poder testatorio no otorgado ante escribano[208], puesto que ni en este último Proyecto ni en el de 1900 se contiene tal exigencia que aparecerá por primera vez en la Compilación de 1959. Marido y mujer podrán nombrarse mutuamente comisarios en la escritura de capitulaciones matrimoniales o en "Testamento conjunto" (art. 16 y ss.) con igual atribución al viudo del usufructo vitalicio de la mitad de los bienes (art. 21) si se hace uso de esta forma testamentaria.

4.2.6. Efectos pendiente la ejecución del poder. Los legitimarios del causante son meros herederos presuntos (art. 29 y ss). Nada se trata de la formación de inventario, fianza o administración de la herencia, salvo por usufructo a favor del viudo quien devenía administrador de los bienes de la misma, ora consecuencia del "*Testamento conjunto*", ora consecuencia de la consumación de la comunicación foral de bienes (art. 86).

4.2.7. Ejecución. No varía la posibilidad de ejercitar el poder por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa*, pero no en el propio testamento del comisario salvo en el del marido o la mujer y respecto de descendientes comunes (art. 33). También se

[208] *Informe del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao sobre el Proyecto de Apéndice del Código civil, redactado por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya y reformado por la del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao en cuanto a las de Vizcaya (edición 1929)* , en URRUTIA BADIOLA, Andres-María *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. doc. nº 30.

reconoce la posibilidad de ejercitar el poder en uno o varios otorgamientos pero sólo a medida que los sucesores menores de edad casen o adquieran la mayor edad, o cuando tenga por conveniente el comisario, con el límite absoluto de la mayoría de edad de todos (art. 31). Se mantiene la norma de la irrevocabilidad de los actos en uso del poder testatorio (art. 32).

4.2.8. Extinción. Nuevamente, sólo se preocupa el Proyecto de 1928 del plazo de vencimiento (art. 29 y ss.), en los mismos términos que el Proyecto de 1900 y con igual olvido de la posibilidad de que el causante conceda prórroga durante la vida del comisario viudo.

Es conocido que de todos los Proyectos de Apéndices al Código civil, sólo el de Aragón, aprobado por Real Decreto Ley de 7 de diciembre de 1925 llegó a buen término. El resto de los Derechos Forales o Especiales españoles deberán esperar a ser regulados tras la entrada en vigor del Código civil a una serie de Compilaciones (recopilaciones) promulgadas entre 1959 y 1973.

**5. La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959 y la sucesión por comisario.**

Su propia E.d.M. contiene un resumen de su génesis: "De nuevo, como fruto del Congreso de Derecho Foral de Zaragoza, el Decreto de 23 de mayo de 1947 reconsideró el problema no resuelto satisfactoriamente hasta el presente, que plantea al legislador la coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra tradición jurídica. Con la finalidad de abordar su solución volvió a crear Comisiones de juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho Foral y dispuso que los anteproyectos de Compilaciones debían elaborarse sistematizando adecuadamente las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código Civil y evitando coincidencias y repeticiones. Para completar la labor de las Comisiones de Juristas creadas, el Decreto orgánico de la Comisión General de Codificación, de 23 de octubre de 1953, ordenó la incorporación de vocales foralistas para que, en el seno de la misma, se estudiasen las compilaciones elaboradas y se sometieran al Gobierno los correspondientes anteproyectos. La Comisión Permanente acordó la creación de una Sección especial que, bajo la presidencia del de la Comisión e integrada por los vocales foralistas de Vizcaya y Álava y por representantes de la Sección primera, procediera a redactar un anteproyecto tomando como base el informe emitido en 1928 por el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao. El texto sometido a la consideración del Gobierno es el resultado de un minucioso y detallado estudio de los anteproyectos con anterioridad elaborados, así como el propio Fuero y de la doctrina jurídica y jurisprudencia producida en torno al derecho especial de Vizcaya y Álava".

*5.1. Licitud.* Se dedica todo el Capítulo III del Título III del Libro I que se titula "Del testamento por comisario", al igual que se hizo en los Proyecto de 1900 y 1928, posteriormente cambiando la denominación la Ley 3/1992 a "Del poder testatorio y del testamento por comisario" y en la LDCV a "De la sucesión por comisario". Se mantiene la tradicional división normativa entre la Tierra Llana de Bizkaia (art. 1 y 2) y a Llodio y Aramayona (art. 60) donde es de aplicación pero no a Bilbao y las restantes once Villas y la Ciudad de Orduña (art. 2) en que rige el Código civil.

*5.2. Naturaleza.* Siguiendo el error del Proyecto de Apéndice de 1900, como luego en la Ley 3/1992, se identifica como una forma de testar (art. 13 Compilación), lo que criticó la doctrina contemporánea[209], que señalaba que el comisariado se refiere a un acto de representación, delegación de la voluntad, no el modo de declararla, razón por la que habrá de estarse a la ley personal del causante para juzgar de la licitud de su otorgamiento. En consecuencia, el poder testatorio podía ser otorgado válidamente fuera del Infanzonado o "Tierra Llana" de Bizkaia, por vizcaínos aforados.

DE ASTORQUI ZABALA[210] sistematiza por primera vez, de un modo moderno, los caracteres de la institución: a) "es un cargo "intransferible", por lo que sería inadmisible la sustitución que hiciera el propio comisario, lo que de ningún modo debe confundirse con la designación de sustituto por el comitente, que no adolece de inconveniente alguno…"; b) "es un cargo "gratuito", si bien nos parece que ha de aplicársele al comisario por analogía, la doctrina que se deriva del art. 1729 del Código civil, es decir, que el comisario habrá de ser indemnizado de todos los daños y perjuicios que le cause el cumplimiento del cargo, si no ha mediado culpa ni imprudencia de su parte…"; c) "Y añadimos nosotros que se trata de un cargo «voluntario», pues puede no ser aceptado, y también es posible renunciar a él…"; y d) "Por lo demás, y a tenor del art. 48 de la Compilación, si el cónyuge viudo es el comisario será también el único representante de la herencia y el administrador de todo el caudal".

Por otra parte, aunque CELAYA IBARRA[211] insiste en la radical distinción tradicional entre el poder a favor del cónyuge viudo del otorgado a terceros, lo cierto es que la Compilación, al eliminar el testamento mancomunado, negar la jurisprudencia la posibilidad de prórroga a favor del comisario viudo, prohibir el ejercicio del poder en varios actos, y denegar el usufructo implícito a favor del supérstite, difuminó grandemente la institución del *alkar poderoso*, que no volverá a brillar hasta la Ley 3/1992. Esta último, como la LDCV, deberá recurrir a Disposiciones Transitorias absolutamente retroactivas desde su entrada en vigor que permitan dicho usufructo, la pervivencia del poder para el viudo por los años que viviere o la posibilidad de ejercerlo en varios actos u otorgamientos.

*5.3. Requisitos subjetivos.*

5.3.1. Comitente. Se exige que tenga vecindad civil vizcaína aforada (art. 9, 10 13 y 16 CC), lo que excluye su otorgamiento por los vecinos de Bilbao, las doce villas y la Ciudad de Orduña. Con tal fin, las Disposiciones Transitorias se limitan a una general para la extensión de la vecindad civil común a los bilbaínos sin perjuicio de la validez de las actos o contratos que hubieren otorgado anteriormente (Dª.Tª.2ª) y una remisión en bloque a las del Código civil (Dª.Tª.3ª). A falta de regulación por la Compilación, la doctrina citada entendió que el otorgante del poder testatorio precisa la capacidad para testar[212], pero no trató de la capacidad requerida para el poder otorgado en

[209] CELAYA IBARRA, Adrián, *Vizcaya y su Fuero Civil*, obra cit., pp. 275; DE ASTORQUI ZABALA, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*, obra cit., pp. 94.
[210] DE ASTORQUI ZABALA, Antonio, *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*, obra cit., pp. 101.
[211] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 749.
[212] CELAYA IBARRA, Adrián, "El Testamento por comisario", obra cit., pp. 754, DE ASTORQUI ZABALA, Antonio, *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*, obra cit., pp. 93.

capitulaciones (art. 16 Compilación) seguramente porque conforme al art. 1318 CC en su redacción vigente en aquella época bastaba la capacidad para casarse.

5.3.2. Comisario. Se prevén uno o varios (art. 14) bajo actuación mancomunada (art. 18) y tampoco se regula su capacidad. La doctrina[213] entendió, como hoy en día, que el comisario puede ser cualquier persona (aunque lo usual es que lo sea el cónyuge) y no solamente las personas que gozan de plena capacidad de obrar, sino también, a tenor del art. 1716 CC los menores emancipados y la mujer casada, si bien ésta necesitará de licencia marital para desempeñar el cargo. Por fin CELAYA IBARRA plantea por primera vez la posibilidad de que el comisario sea una persona jurídica o que sea un heredero[214].

5.3.3. Sucesor. Se mantiene la discriminación entre hijos legítimos y de otra categoría (art. 22), la legítima era de cuatro quintos de la herencia (art. 21) y se regulaba la troncalidad (art. 6 y ss.). El apartamiento (art. 10 y 23) permitirá elegir a un único sucesor o varios de los presuntamente llamados.

*5.4. Requisitos objetivos.* El art. 17 no contiene novedad respecto del Proyecto de 1900, particularmente que el comisario "tendrá todas las que el testador hubiese tenido, pero no más, y por consiguiente deberá someterse, al hacer la designación de heredero y otorgar las demás disposiciones, a los preceptos de esta ley a que hubiere tenido obligación de someterse el testador según los casos"[215], precepto que pasará al art. 32 Ley 3/1992 y art. 33.1 y 43.1 LDCV. El comisario puede revocar el testamento del comitente si éste le ha autorizado al efecto (art. 17).

*5.5. Requisitos formales.* En fórmula que pasará a la Ley 3/1992 y la LDCV, el art. 16 exigía e1 nombramiento de comisario en testamento ante Notario o capitulaciones matrimoniales entre cónyuges, es decir siempre bajo fe pública notarial, lo que fue objeto de crítica para CELAYA IBARRA[216] como normativa en exceso formalista. Se elimina por tanto el testamento *il buruco* como forma en la que plasmar el poder testatorio y el testamento mancomunado había sido derogado, como hemos visto.

*5.6. Efectos hasta la ejecución del poder.* Los legitimarios del causante son meros herederos presuntos (art. 19). Nada se trata de la formación de inventario, fianza o administración de la herencia, salvo en caso de consumación de la comunicación foral de bienes (art. 48).

*5.7. Ejecución.* No varía la posibilidad de ejercitar el poder por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa*, pero no en el propio testamento del comisario salvo en el del marido o la mujer y respecto de descendientes comunes (art. 20). También se reconoce la posibilidad de ejercitar el poder en uno o varios otorgamientos pero sólo a medida que los sucesores menores de edad casen o adquieran la mayor edad, o cuando tenga por

[213] DE ASTORQUI ZABALA, Antonio, *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*, obra cit., pp. 97; CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 755
[214] CELAYA IBARRA, Adrián, "El Testamento por comisario", obra cit., pp. 756.
[215] DE ASTORQUI ZABALA, Antonio, *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*, obra cit., pp. 98; CELAYA IBARRA, Adrián, "El Testamento por comisario", obra cit., pp. 765.
[216] CELAYA IBARRA, Adrián, "El Testamento por comisario", obra cit., pp. 758.

conveniente el comisario, con el límite absoluto de la mayoría de edad de todos ellos (art. 19). Continúa la irrevocabilidad de los actos en uso del poder testatorio (art. 19).

*5.8. Extinción.* Él testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo. Si no lo hubiera señalado, el plazo será de un año, contando desde la muerte del testador, o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos (art. 19). Por lo tanto, como en los Proyectos de 1900 y 1928 se obvia la posibilidad de que el causante conceda prórroga al comisario viudo por toda su vida, lo que dio lugar a que la jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XX la prohibiera. Tampoco se trata la aceptación por el comisario de su cargo.

## VII. LA LEY 3/1992, DE 1 DE JULIO, DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO.

Según URRUTIA BADIOLA[217], la iniciativa de reforma de la Compilación surgió con ocasión de la de celebración de una mesa redonda en las Segundas Jornadas de Antropología Vasca el año 1971 que daría lugar a la obra *El Derecho privado vasco-navarro ante la Codificación* en la "I Semana Internacional de Antropologia Vasca (abril 1971) Bilbao: Editorial La Gran Enciclopedia Vasca, 1973.

En 1974 se inaugura el Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto, inicialmente denominado "Instituto de Estudios Vizcaínos" en colaboración con la Diputación Foral de Vizcaya y bajo la dirección de Adrián Celaya Ibarra, consagrado, entre otros menesteres a recoger la mejor de la producción en materia de Derecho civil foral, en la colección "Foru Agirien Bilduna/Colección de Textos Forales".

Posteriormente, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco, la Sección de Vizcaya y Álava, del Instituto Español de Derecho Foral y la Comisión de Vizcaya de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, celebraron en 1979 en Bilbao y Gernika una Semana de Derecho foral, cuyas conclusiones primera y segunda afirmaban, respectivamente, la imposibilidad entonces de acometer una inmediata reforma de la Compilación y, consiguientemente la necesidad de promoverse entre las Universidades, las élites culturales y los Colegios de Abogados la posible reforma y la reunión de la documentación necesaria.

El siguiente hito será la creación de la Cátedra de Derecho Foral y Autonómico bajo la dirección del mencionado D. Adrián Celaya Ibarra en el curso 1982-1983, dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

Coincide URRUTIA BADIOLA con GALICIA AIZPURUA y MARTÍN OSANTE[218] en el sentido que la Ley 3/1992 es "el resultado final de la convergencia de

[217] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, obra cit., pp. 199.
[218] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*. Obra cit., pp. 203. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 271.

diversos proyectos privados elaborados por distintas instituciones y personalidades a lo largo de la década de los ochenta, entre los que deben contarse el proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Bizkaia y Álava, ideado por Adrián Celaya Ibarra en el año 1982; el anteproyecto sobre reforma de la Compilación de Derecho civil de Bizkaia del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao de 1984; el anteproyecto de Fuero civil de Bizkaia de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País de ese mismo año, y el anteproyecto, también de Fuero civil de Bizkaia, redactado, en idéntica fecha, por Julián Arzanegui Sarricolea…".

La Comisión redactora, con miembros fundamentalmente provenientes de Bizkaia y del sector privado[219] actuó a impulso de la Diputación Foral de Bizkaia hasta llegar a la aprobación del proyecto para Bizkaia de Fuero civil por las Juntas Generales de Bizkaia[220].

Dicha Ley 3/1992, vigente y viva durante veintitrés años, fue depuración y avance respecto de la Compilación de 1959 y el Derecho histórico. Y, a su vez, la base de partida de la LDCV. Tuvo importantes progresos el el terreno de su ámbito de aplicación y en la introducción de la regulación de los pactos sucesorios. Quizás en la sucesión por comisario fue más continuista, limitándose en general a asentar o mejorar, incluso con carácter retroactivo, la figura del comisario viudo o *alkar poderoso*.

En consecuencia, la interpretación dada a los preceptos de la la Ley 3/1992 generalmente han pasado a la redacción de la LDCV, la cual, por tanto ha de ser analizada a la luz de la anterior. Por tanto, el análisis de su regulación se hará comparativamente con la actualmente vigente LDCV.

---

MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno*, obra cit., pp. 225 y 226.

[219] MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno*, obra cit., pp. 225: "Político: Ignacio Javier Echevarría Echeita. Notarios: José María Arriola Arana, José Miguel Fernández de Bilbao, Ricardo Gomeza Ozámiz, Jesús Hernández Hernández, Francisco Sans Uranga, Andrés Urrutia Badiola. Abogados: Julián María ARZANEGUI Sarricolea, Eduardo Barreda Fernández, Jesús Oleaga Echevarría, Javier Oleaga Echevarría, Michel Unzueta Uranga, Ramón Varela Gorostiaga. Profesores de Universidad: Javier Caño Moreno, Adrián Celaya Ibarra, Itziar Monasterio Azpiri".

[220] Lo narra más en detalle, CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 14: "recogiendo los proyectos de la Real Sociedad Bascongada y del Colegio Notarial, la Diputación Foral de Bizkaia designó una Comisión para elaborar un proyecto de ley que debía ser presentado al Parlamento Vasco por las Juntas Generales de Bizkaia como proposición de ley. Era imprescindible esta iniciativa a la vista de que en Guipúzcoa y Álava no existía ningún movimiento favorable ni adverso a estos trabajos, dejando a salvo los meritorios estudios de Álvaro Navajas Laporte que en todo momento colaboró en la labor de la Real Sociedad Bascongada. Todos los territorios forales habían culminado la actualización de sus Compilaciones y de no ser por esta decisión de la Diputación de Bizkaia, la cuestión podía quedar, en el País Vasco, casi indefinidamente aplazada. Aunque en la Comisión figuraba también el notario alavés señor SANS URANGA, las Juntas de Álava no admitieron que el proyecto vizcaíno se ocupara del Fuero de Ayala y elaboraron otro proyecto referido exclusivamente a las especialidades alavesas. Fue un gesto de significado meramente político. Ambos proyectos Fueron unificados en el Parlamento, que añadió una disposición sobre Guipúzcoa, reclamada en el Congreso de la Abogacía celebrado en Vitoria en 1991. Así surgió la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco de 1 julio 1992, publicada el 7 agosto en el Boletín Oficial del País Vasco".

## VIII. LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO DE DERECHO CIVIL VASCO.

Recuerda OSÉS ABANDO[221], Letrado del Parlamento Vasco en aquel entonces, que a instancias del Grupo socialista del Parlamento Vasco, recién inaugurada la X Legislatura se reabrió el debate sobre el Derecho Civil Vasco, acordándose (con la única abstención de UPyD) por Resolución de 21-02-2013 la constitución de una ponencia, a resultas de la cual, la Resolución del Pleno de 28-11-2013[222] entendió "necesaria y urgente, desde el punto de vista social, y así lo asume como compromiso inmediato, la elaboración y aprobación de una nueva ley de carácter general que actualice la regulación de las leyes 3/1992 y 3/1999, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y establezca un núcleo de Derecho civil vasco basado en la vecindad civil vasca como elemento fundamental" y llamó a "recabar las aportaciones, y su puesta en común ante el Parlamento, de los diferentes operadores jurídicos, investigadores, colegios profesionales del mundo jurídico y entidades implicadas del tejido social".

Como reconoce GIL RODRÍGUEZ[223], a resultas de tal llamamiento, hubo, no como dice dicho autor, tres fuentes o aportaciones jurídicas fundamentales, sino cuatro, tal y como recuerda OSÉS ABANDO [224]: se produce una nueva ronda de consultas formales con petición de documentos en diciembre de ese año girada a la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea, a la Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbide Akademia, a la asociación Babestu Bizitza y a Dª. Pilar Zubiarrain.

### 1. Aportación de Dª. Pilar Zubiarrain.

Dª. María-Pilar Zubiarrain Lasa es una abogada en ejercicio, Colegiada número 2.316 del Colegio de la Abogacía de Gipuzkoa, quien presenta su propuesta de Ley de Derecho Civil Vasco a la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco el 24-01-2014. Son seis folios que contienen una reflexión general mencionando el Código Civil de Cataluña y el Fuero Nuevo de Navarra, pero sin ninguna mención específica a la sucesión por comisario.

### 2. Aportación de la asociación Babeztu Bizitza.

Como reza en su escrito presentado el 29-0-2014 a la citada Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco, tiene su domicilio en Lurkoi baserria de Busturia, (Bizkaia).

Su propuesta central era la total libertad de disposición por causa de muerte en redacción (art. 6) similar al art. 134.1 Ley 3/1992 sobre el Fuero de Ayala: "1. Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a titulo universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren".

---

[221] OSÉS ABANDO, Josu, "Autogobierno y Derecho civil vasco: el rol del Parlamento Vasco", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 123 y 124.

[222] BOPV de 09-12-2013.

[223] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 1. Del Derecho Foral al Derecho civil 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. 36.

[224] Ibídem.

Sobre la sucesión por comisario presentó esta asociación una propuesta de ocho artículos (20 al 27) bajo el título "De la ordenación por comisario" copiados literal y correlativamente del Fuero de Gipuzkoa aprobado por la Ley 3/1999, art. 164 y ss. Ley 3/1992, con la diferencia, no menor, de que el objeto de la sucesión delegada era "el conjunto de su patrimonio" del causante y no el Caserío.

### 3. Aportación de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea.

GIL RODRÍGUEZ –Catedrático de Derecho civil en tal institución- manifestó en 2010 que consideraba al Derecho civil vasco en un "estado lamentable", y prefería[225] que el Parlamento Vasco aprobara una Ley de Bases cuyo desarrollo se encomendase a una Comisión técnica de expertos integradora de diversas sensibilidades. Hubo efectivamente una propuesta de Ley de Bases que fue elaborada por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea[226] pero, como hemos dicho, el Parlamento Vasco prefirió debatir textos articulados concretos.

De esta manera por escrito de 10-01-2014, posteriormente completado con intervenciones personales de sus miembros, "los civilistas de la Universidad pública" como es de leer en dicho texto, presentan seis documentos adjuntos a los dos folios de introducción[227].

La sucesión por comisario se regulaba en los art. 33 a 48, inclusive, de dicha propuesta, bajo el título "De la fiducia sucesoria u ordenación por comisario" con mucha influencia de la regulación aragonesa.

---

[225] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Del Derecho Foral al Derecho civil vasco", en *JADO, Boletín de la AVD-ZEA*. Bilbao, Mayo 2011, núm. 21. ISSN: 2173-9102, pp. 101 y 102.

[226] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel; GALICIA AIZPURUA, Gorka; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE MANSO, MaríaTeresa; e IMAZ ZUBIAUR, Leire. "Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen. Recuperada de https://www.ehu.eus/documents/1549725/1573708/ESTUDIO+SOBRE+DERECHO+SUCESORIO.pdf

[227] Documento nº 1: "POR «UN DERECHO CIVIL MODERNO Y SOCIALMENTE AVANZADO», trabajo de síntesis, redactado para la ocasión", obra de D. Jacinto Gil Rodríguez, Catedrático de Derecho Civil de la UPV/EHU. Documento nº 2: "BORRADOR DE PROPUESTA DE LEY VASCA DE SUCESIONES-CÓDIGO VASCO DE SUCESIONES, especie de texto articulado y breve justificación, que es trasunto del «Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen », resultante de un Proyecto de Investigación ad hoc, de cuya primera publicación ya tiene constancia el Parlamento Vasco y que, en su versión bilingüe, asimismo aporto como Doc. Núm. 6". Documento nº 2 bis "Nota de trabajo", bajo el rótulo "QUÉ SE QUIERE DECIR CUANDO DE HABLA DE CÓDIGO CIVIL VASCO ¿Qué es y cómo se ha logrado en otras autonomías? Documento nº 3 "DERECHO FORAL VERSUS DERECHO CIVIL", correspondiente al "texto verbalizado" en la comparecencia de D. Jacinto Gil Rodríguez el 14-06-2013 ante la Comisión parlamentaria citada. Documento nº 4 "LAS LEGÍTIMAS EN EL PAÍS VASCO: PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIONES, proveniente de la comparecencia el 14-06-2013 ante la Comisión parlamentaria citada de D. Gorka Galicia Aizpurua, Profesor 'Titular de Derecho Civil y Director del Departamento de la UPV/EHIJ. Documento nº 5 "INSTRUMENTOS O CAUCES DE ORDENACIÓN SUCESORIA", escrito traslativo de la tercera intervención ante la ponencia a cargo de Dª. Leire IMAZ ZUBIAUR, Profesora Agregada de Derecho Civil en la UPV/EHU. Documento nº 6 "EUSKAL OINORDETZA ZUZENBIDEARI BURUZKO AZTERKETA, versión bilingüe, a cargo de los Doctores IMAZ ZUBIAUR y KARRERA EGIALDE, del «Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco», cuya autoría corresponde a los Profesores ASÚA GONZÁLEZ GONZALEZ, Clara-Isabel; GALICIA AIZPURUA, Gorka; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE MANSO, MaríaTeresa; e IMAZ ZUBIAUR, Leire".

*3.1. Naturaleza.* Los caracteres que reviste el cargo son los tradicionales previstos en el art. 39 Ley 3/1992, voluntario y renunciable, aun después de su aceptación y de su ejercicio parcial, naturalmente gratuito y esencialmente personalísimo (art. 37). Es más restrictivo en la autoentrada del comisario (art. 41.1[228]).

*3.2. Requisitos subjetivos.* a) Para la validez del encargo se requiere que el causante esté emancipado al momento de realizarlo. b) Por su parte, el comisario habrá de ser mayor de edad en el momento de apertura de la sucesión (art. 34). c) Sucesores. Se reducía el poder testatorio a una elección *in incertum de certis,* como en el Fuero de Gipuzkoa (art. 164 Ley 3/1992), pues el art. 33.3 de dicha propuesta exigía como "requisito de semejante encargo" (sic.) que el causante haya señalado el grupo de personas entre las cuales deba efectuarse la ordenación, o que, a falta de tal señalamiento, el causante haya dejado sucesores forzosos, con lo cual la normativa volvía a las restricciones de las Leyes de Toro. La capacidad y la dignidad de dichos sucesores se exigían al tiempo de la delación o ejercicio de la fiducia (art. 40).

*3.3. Requisitos objetivos.* El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido por el causante y en otro caso, ostentará las mismas facultades que a éste le hubieran (art. 46.1) Si no estuviera expresamente autorizado para ello, el comisario no podrá revocar en todo o en parte el testamento otorgado con carácter preventivo por el causante (art. 46.2).

*3.4. Requisitos formales.* A imagen y semejanza del art. 442 CDFAragón se exigía que la tanto el nombramiento del comisario como las eventuales instrucciones del causante, deban constar en "acto mortis causa o en simple escritura pública" (sic, art. 35), o sea, testamento, pacto sucesorio o un atípico "acto unilateral" entre vivos[229].

*3.5. Efectos pendiente la ejecución.* A imitación del art. 450 CDFAragón, el art. 42 de la proposición impone al administrador, no al fiduciario, la elaboración de un inventario de los bienes hereditarios. Los alimentos con cargo al caudal (art. 43), administración y representación de la herencia (art. 44), disposición onerosa de los bienes de la misma (art. 45) son muy similares a los de la LDCV y a los art. 451-454 CDFAragón.

*3.6. Ejecución.* Se regulaba (art. 38) la ejecución por uno o varios comisarios de modo similar al art. 43 Ley 3/1992 aclarando que por el fin del cargo de uno, prosiguen los demás. Por nueva imitación a los art. 259 y 457.3 CDFAragón, en clara regresión respecto de los precedentes vizcaínos, se precisa la liquidación de la sociedad conyugal

---

[228] "En caso de que el causante esté sometido a un régimen económico matrimonial de comunidad, sólo podrán atribuirse bienes o derechos pertenecientes a la comunidad disuelta una vez ésta haya sido liquidada. De otro modo, podrá instarse la anulación de la disposición durante los cuatro años siguientes a su realización".

[229] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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. 920, parece abierta a admitir el uso 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 en su opinión conforme al texto del art. 43.1 LDCV (art. 46 Ley 3/1992). También IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 327 y 328, además de por este argumento, porque tal donación es propiamente un pacto sucesorio, también unilateral que debería plasmarse simplemente en escritura pública e invoca al efecto el art. 170 Ley 3/1992.

previa a la ejecución de la fiducia (art. 41.1). Como en la LDCV, salvo previsión en contrario del causante, el comisario podría ejecutar el encargo en uno o varios actos y realizar una nueva ordenación si la anterior deviene ineficaz, debiendo expresar si ejecuta a título universal o singular (art. 47, ap. 1 y 4). Como en el art. 456 CDFAragón la ordenación de la sucesión será en escritura pública (por acto entre vivos[230]), salvo si el comisario fuera usufructuario vitalicio del caudal, podrá llevar a cabo la ordenación en testamento abierto notarial o contrato sucesorio (art. 47, ap. 2 y 3). Sólo la ordenación llevada a cabo en testamento surtirá efectos al fallecimiento del comisario, por lo que será libremente revocable. Se aclara que el poder testatorio (o fiducia) otorgado en pacto sucesorio es revocable (art. 36.1).

*3.7. Extinción.* Las causas previstas en la proposición (art. 48) son las mismas que las del art. 48 Ley 3/1992, si bien se establece que si el encargo no alcanza eficacia o se extingue, los destinatarios del caudal serán las personas entre los que habría de haberse realizado la ordenación por el fiduciario (*in incertum de certis*), no los sucesores abintestato. Esto refuerza la idea que la fiducia en la propuesta que estudiamos es una mera función "distributiva-partitiva" encomendada por el causante a un tercero, no una plena delegación de la ordenación de la sucesión. La regulación del plazo (art. 39) era similar a los art. 44 y 169 Ley 3/1992, con la salvedad aragonesa (cfr. art. 446 y 447 CDFAragón) de poder solicitar judicialmente la prórroga del plazo o su reducción.

**4. Aportación de la Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbide Akademia.**

Su propuesta de ley fue finalmente adoptada y es básicamente la LDCV, que incorporó algunas propuestas del estudio de la UPV/EHU. Por tanto, el análisis queda para el capítulo cuarto de esta tesis, la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV. Pero procede hablar algo de su génesis.

*4.1. El primer anteproyecto de Ley de Derecho civil vasco de 2001.* Como resulta de su presentación[231], el convenio firmado con el Gobierno Vasco y las Diputaciones de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia, obligaba a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País a hacer estudios sobre el desarrollo del Derecho civil vasco durante un plazo que terminaba el día 31 de diciembre de 1999 y para cuyo cumplimiento, ésta constituyó tres comisiones de estudio, dentro de sus propias comisiones territoriales[232].

---

[230] Consecuencia de lo cual el art. 48.2 de la proposición establecía que la extinción del encargo no afectará a los actos de ordenación del comisario realizados en simple escritura pública o en contrato sucesorio. Sin embargo, alcanzará eficacia la ordenación realizada en testamento.

[231] REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAÍS. *Primer Anteproyecto de Ley de* Derecho civil vasco, RSBAP, Bilbao, 2000. ISBN 84-89689-10-5, pp. 7.

[232] REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAÍS. *Primer Anteproyecto de Ley de* Derecho civil vasco, obra cit., pp. 11 y 12: Comisión de Álava: D. Fernando Salazar Rodríguez de Mendarozqueta; D. Jaime Tapia Parreño; D. Manuel de Uriarte Zulueta; D. Jesús Elorza Fernández; D. Juan Antonio Zarate; Dª. Camino López de Heredia. Comisión de Gipuzkoa: D. Juan-José Álvarez Rubio; D. José-María Aycart Orbegozo; D. Francisco Javier Caballero Harriet; D. Luis Elicegui Mendizábal; Dª Coro Cilián Apalategui; D. José-Luis Orella Unzúe; D. Jesús Sanza Amurrio; D. Adrián Celaya Ibarra Ulibarri (Universidad de Mondragón). Comisión de Bizkaia: D. Andrés Urrutia Badiola; D. Javier Caño Moreno; D. Lorenzo Goicoechea Oleaga; D. Julián Arzanegui Sarricolea; D. José-María Arriola Arana; D. Javier de Oleaga Echeverria; Dª. Itziar Monasterio Azpiri; D. José Miguel Fernández Bilbao; D.

Su labor básica fue tratar de hallar un fondo común de las instituciones vascas que hiciera posible dictar normas generales a los tres Territorios Vascos, sin perjuicio de mantener las peculiaridades locales. Se reconoce en dicha Memoria que las instituciones pueden homologarse con otras muchas de los territorios pirenaicos. y muy especialmente de Aragón y de Navarra, lo que desde luego así fue, en especial respecto del Derecho Civil de Aragón, para los efectos de este trabajo, la fiducia sucesoria.

La sucesión por comisario es llamada así[233] y se fijan dos objetivos muy claros en su presentación: la extensión de la normativa vizcaína al resto del territorio de la Comunidad Autónoma, si bien reduciendo la libertad de elección del comisario a un *in incertum de certis* y crear una "potente forma de viudedad universal".

Su texto articulado es casi exactamente, por lo que toca a la sucesión por comisario, artículo por artículo, el de la LDCV, salvando que no se hace referencia a que los miembros de una pareja de hecho inscrita en el Registro del Gobierno Vasco podrán nombrarse recíprocamente comisario. También cabe destacar que el futuro art. 41.3 LDCV no está del todo desarrollado, pues su homónimo del anteproyecto condiciona la atribución del usufructo universal sobre los bienes hereditarios a favor del comisario-viudo a que el cargo de comisario sea indefinido o por toda la vida del mismo. Como tampoco prevé actos de administración dinámica sobre los bienes de la herencia, ni de disposición onerosa sobre los mismos, ni el beneficio de separación de dichos bienes. Por fin, no podemos dejar de mencionar (art. 47 y ss.) que la legítima se atribuye a hijos y descendientes y, por su defecto, a padres (no a otros ascendientes), correspondiendo 2/3 del haber hereditario líquido al primer grupo y 1/3 al segundo. Recordemos que la LDCV elimina a los ascendientes como legitimarios y los descendientes ven reducida su legítima a un tercio del haber neto hereditario.

*4.2. El segundo anteproyecto de Ley Civil Vasca de 2007.*[234] En este caso el autor es la Academia Vasca de Derecho (AVD/ZEA), asociación de Derecho privado que surgió de una propuesta formulada en una asamblea general extraordinaria de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. Se constituyó con personalidad jurídica propia por escritura otorgada el día nueve de junio del año 2003[235].

---

Miguel de Unzueta Uzcanga; D. José-Luis lriarte Ángel; Dª. Covadonga Martínez de Bedoya; D. Eduardo Barreda Fernández y D. Adrián Celaya Ibarra.

[233] Real Sociedad Bascongada de Amigos del País. *Primer Anteproyecto de Ley de* Derecho civil vasco, obra cit., pp. 27 y 28: "…el proyecto decide hacer general, con algunas adaptaciones, la regulación de esta forma de testar en Bizkaia, donde la ley de 1 de julio de 1992 la había extendido ya a las villas, aunque también recoge algunas peculiaridades del poder testatorio en la reciente ley de transmisión del caserío guipuzcoano, especialmente la exigencia de que se determine la identidad de los presuntos sucesores. Por otra parte, en este mismo capitulo, y siguiendo una larga tradición, representada sobre todo por el usufructo poderoso de Ayala o el "alkar-poderoso" de Bizkaia. la nueva ley hace del viudo comisario un usufructuario universal. Esto permite que se mantenga entre nosotros, aunque con el máximo respeto a la voluntad del testador, una potente forma de viudedad universal".

[234] Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbidearen Akademia, "Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, "Boletín Extraordinario IV Año V - Nº Extraordinario IV - Bilbao - Junio 2007. ISSN: 1888-0525, pp. 191 y ss.

[235] Recuperado de http://www.avd-zea.com/castellano/quienes.php.

Este segundo anteproyecto es continuación del de 2001[236] y obra de la Sección de Civil de la AVD/ZEA, concretamente, "un grupo de trabajo de cuatro personas[237], ha revisado el texto desde un punto de vista formal (incongruencias, vacíos, contradicciones, ortografía, sintaxis, etc.); a continuación, los miembros de la Sección de Derecho Privado de la Academia, en gran número, han formulado sus enmiendas y discutido su contenido y, por último, el grupo de trabajo inicial las ha compendiado y sistematizado".

Las novedades más notables que contiene este texto de 2007 sobre la sucesión por comisario son la prevención expresa (art. 31.3) de que los miembros de una pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario y como lógica consecuencia contempla como causa de extinción del poder testatorio la disolución de dicha pareja de hecho, salvo que lo sea por matrimonio de sus miembros (art. 45.9 LDCV). Aparece la aproximación del "alkar poderoso" al Derecho de viudedad aragonés, lo que será el actual 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, con independencia de su duración). Se introduce la actual redacción acerca de los actos de administración dinámica sobre los bienes de la herencia y de los de de disposición onerosa sobre los mismos, aunque todavía no aparece el beneficio de separación de bienes (art. 43, ap. 3, 4 y 5).

*4.3. La propuesta de Ley Civil Vasca de 2012.* Como reza su memoria explicativa[238], la Sección de Derecho Privado de la AVD/ZEA y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, a través de su Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral del País Vasco procedió a revisar el anteproyecto de Ley de 2007[239].

El trabajo duró aproximadamente dos años, jalonados de reuniones mensuales de debate. Asimismo, se dio traslado del texto de la Propuesta al Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, al Colegio Notarial del País Vasco y la Delegación en Euskadi del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Igualmente se debatió con el Parlamentario Antón Damborenea Basterrechea el contenido del texto, al que hizo interesantes aportaciones, desde su calidad de jurista.

A partir, de ahí, como narra OSÉS ABANDO[240], el 10-03-2015 se presentó dicha propuesta como Proposición de Ley suscrita por los portavoces de los Grupos Nacionalistas Vascos, Socialistas Vascos y Popular Vasco con el texto bilingüe de los 158 artículos y disposiciones que integran la Proposición de Ley de Derecho civil

[236] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas" texto de su comparecencia ante el Parlamento Vasco, en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, Boletín Extraordinario IV Año V - Nº Extraordinario IV - Bilbao - Junio 2007. ISSN: 1888-0525, pp. 163 a 166.

[237] Adrián Celaya Ibarra, Francisco-Javier Oleaga Echevarría, Julián Arzanegui Sarricolea y Andrés-María Urrutia Badiola.

[238] ACADEMIA VASCA DE DERECHO/EUSKAL ZUZENBIDEAREN AKADEMIA e ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA. *Propuesta de Ley Civil Vasca.* Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbidearen Akademia e Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, Bilbao, 2012. ISBN 978-84-7752-517-2, pp. 4.

[239] Adrián Celaya Ibarra, Andrés-María Urrutia Badiola, Francisco-Javier Oleaga Echevarría, Tatiana González San Sebastián, José-Miguel Gorostiza Vicente y Jesús-Javier Fernández de Bilbao Paz. Posteriormente Tatiana González San Sebastián fue sustituida por Francisco de Borja Iriarte Ángel.

[240] OSÉS ABANDO, Josu, "Autogobierno y Derecho civil vasco: el rol del Parlamento Vasco", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 125-128.

vasco. Se recabó el criterio favorable del Gobierno Vasco y tras su toma en consideración por unanimidad en el pleno del Parlamento Vasco de 23-04-2015, se formularon únicamente cinco enmiendas por el grupo EH Bildu, de las cuales dos fueron transaccionadas (al párrafo noveno del apartado I de la exposición de motivos y a la disposición adicional 1ª) y las restantes fueron desechadas en comisión y en pleno. "No fue necesaria la habitual constitución de una ponencia para el estudio de las enmiendas, pasándose directamente al debate en la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia donde se aprobó el dictamen (9 de junio) sin novedades. Por último, el dictamen fue elevado a pleno (25 de junio) para su definitiva e inalterada aprobación: rechazadas las tres enmiendas mantenidas (nº 1, 3 y 4, a la exposición de motivos, art. 1 y art. 22, respectivamente) con el único voto a favor del grupo proponente, el resto de artículos no enmendados fueron aprobados con los votos a favor de los grupos firmantes de la iniciativa original (Nacionalistas Vascos, Socialistas Vascos y Popular Vasco: 52 votos) y la abstención del Grupo EH-Bildu (20 votos) y Mixto-UPyD (1 voto). En consecuencia, la Ley 5/2015 resultó aprobada sin ningún voto en contra".

# CAPITULO SEGUNDO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

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

### 1. Concepto amplio.

CÁMARA LAPUENTE[241] 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 medios amplias, con un mayor o menor grado de arbitrio sobre la forma de acomodar esa destinación", obviamente, por causa de muerte del ordenante o causante.

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[242] 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.

No obstante, la palabra "fiducia" es confusa pues recuerda ESCOLÁN REMARTÍNEZ[243], 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 aficionados 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".

Por ello nos parece más adecuada la expresión "confianza sucesoria".

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 Y BLANCO*[244]. La más antigua que se ha hecho en España, distingue entre:

---

[241] CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 13 y ss. y 597.
[242] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 334.
[243] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 42.
[244] LAVANDERA Y BLANCO, Víctor. "Instituciones Fiduciarias", en *Revista de Derecho Privado* (España) Año X, número 116, abril de 1932, pp. 171.

1.1.1. Heredero administrador. El fiduciario es un *nudus minister* de la voluntad del testador ("instituyo heredero a Tizio, y mientras no llegue a los treinta anos, 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 propie*)".

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 distributario, en que "considerando a veces insuficiente el albaceazgo, se cree preferible instituir un heredero con las instrucciones necesarias para entregar o invertir 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 categorización de la STS de 30-10-1944 (CASTÁN TOBEÑAS).* [245]

1.2.1. Investidura de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por 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

[245] "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)".

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).

1.2.4. Albacea. Se confia al mismo ejecución de la última voluntad, ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza).

*1.3. Las modalidades concurrentes para VALLET DE GOYTISOLO.* Diferencia[246]:

1.3.1. El fiduciario ilimitadamente comisionado para designar heredero a la persona o fundación que a su libre arbitrio determine. Institución prohibida por el art. 670 CC y cuyo ejemplo típico es el comisario foral vizcaíno.

1.3.2. 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.

1.3.4. 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.).

1.3.5. 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 totalmente por el art. 785-4º CC y permitida en las legislaciones civiles de Cataluña y Navarra).

1.3.6. 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.

*1.4. La tipificación de CÁMARA LAPUENTE.* Hace dos clasificaciones[247]. 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.

---

[246] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1982. ISBN: 84-7398-219-3, pp. 220 y 221.

[247] CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 17 y ss.

1.4.1. Conforme al contenido del encargado conferido 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*.

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[248]) y, por fin, cuando el delegado no tiene margen alguno de elección, o éste es mínimo[249].

1.4.2. Según el carácter secreto o no de la encomienda distingue:

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".

*1.5. Las diferentes especies según RIVAS MARTÍNEZ.* Recoge una categorización similar[250]:

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[251], los fiduciarios-comisarios en Navarra, el comisario vasco y el testamento por comisario en Galicia.

---

[248] Fiducia aragonesa (art. 439 a 463 CDFAragón), heredero distribuidor en Mallorca y Menorca (art. 18 CDCBaleares), cláusula de confianza en Ibiza y Formentera (art. 71 CDCBaleares), la "institución de heredero por fiduciario", "heredero distributario" o "cláusula de confianza" (art. 424-1 y ss. CCCat); el comisario en Galicia (art. 196 LDCGalicia), fiduciario-comisario (ley 281 CDCFNavarra). 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).

[249] Los fideicomisos puros de tipo romano: art. 781 y ss. CC; arts. 25-37 CDCBaleares; leyes 224-239 Navanra. Herederos de confianza, leyes 289-295 Navarra. Heredero de confianza y legados de confianza, art 424-11 y ss. CCCat.

[250] 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.

[251] 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).

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.

**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.* Según la concepción clásica de SÁNCHEZ ROMÁN[252], el testamento por comisario es 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[253] lo define como 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 IBARRA[254] 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 nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió. También de manera parecida, ASÚA GONZÁLEZ[255] 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 en la Comunidad Autónoma del País Vasco es ASÚA GONZÁLEZ[256] para quien es "inmantenible, máxime porque es innecesario para el

[252] SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil. Tomo 6º, derecho de sucesión "mortis causa*", Vol. 1º. Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1910, pp. 313 y 314.
[253] ROCA SASTRE, Ramón María, "L'heretament fiduciari al Pallars Sobirá", Conferénces 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.
[254] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 736.
[255] 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.
[256] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Civitas-

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[257].

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 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[258].

Y eso es lo que se deduce, al menos aparentemente, del art. 33.2 LDCV, la idea meramente fiduciaria, o de mera "distribución-partición": "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". Esta redacción se arrastra desde el anteproyecto de 2000 de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País[259] cuya memoria nada explica de la razón del cambio respecto de la Ley 3/1992, el cual no exigía en el Fuero de Bizkaia para nada al causante que determinara el rango de beneficiarios, aunque sí en el de Gipuzkoa.

Será URRUTIA BADIOLA[260] quien explique que se intentó evitar una utilización del poder testatorio que desvíe los bienes sujetos al mismo de destino familiar, esto es, el cónyuge, hijos y pareja de hecho, lo que proviene de la constante práctica notarial del poder testatorio; de designar el círculo de personas entre las cuales el comisario puede ejercitar sin que este círculo quede abierto de forma innominada.

---

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, 1992, pp. 51

[257] STS, de 30-10-1944 y más modernamente la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018.

[258] 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., pp. 66: "Obsérvese que, a falta de especificación por el causante (artículo 164.2.1º) y a falta de herederos forzosos (artículo 164.2.2"), 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 Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona 1981. ISBN 84-7294-145-0, pp. 376.

[259] REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAÍS, *Primer Anteproyecto de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 27 y 29.

[260] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en Andrés-María Urrutia Badiola, Óscar Monje y Francisco Lledó (dir.) y Andrés-María Urrutia Badiola (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.

*3.2. Situación actual.* Como hemos reiterado, el fenómeno de la sucesión por comisario según CELAYA IBARRA[261] 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 expresan las SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016 y la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018[262].

Concluimos que la reducción del poder testatorio a mera fiducia sucesoria es sólo aparente en el actual texto legal, por las siguientes razones:

3.2.1. Desde el punto de vista gramatical, tiene razón ASÚA GONZÁLEZ[263] al basar el carácter de poder testatorio en el art. 43.2 LDCV que reza que la ejecución del cargo es una "disposición realizada en nombre" del causante, *contemplatio domine*, que, como veremos luego, es la nota característica de la representación directa y la separa de la indirecta.

3.2.2. 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 CUADROS[264]) frente al "principio de responsabilidad" que impone al causante que no puede dejarse en manos de un tercero la dirección del fenómeno sucesorio y, cuando menos, exigirse la determinación suficiente por parte del causante de las personas entre las que se haya de operar la elección (ASÚA GONZÁLEZ[265]).

3.3.3. El argumento histórico. El Fuero de Bizkaia de 1526 se diferencia precisamente de las Leyes de Toro en que el causante no está obligado como en éstas a designar las personas a ser instituidas herederos por el comisario. En el mismo sentido se pronunció el art. 17 de la Compilación de 1959. Ello también resulta obvio por la mera comparación del art. 32 Ley 3/1992[266] (Fuero de Bizkaia), con el art. 164.2[267] del mismo texto legal (Fuero de Gipuzkoa). De la misma resulta que si el mismo legislador

---

[261] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 162.

[262] "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…".

[263] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362.

[264] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier en "Abran paso a la libertad civil (II)", en *Egiunea, Revista Notarial del País Vasco*, nº 7 agosto-octubre 2020, Bilbao, 2020, pp. 17.

[265] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 90 y 135.

[266] "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".

[267] "El nombramiento de comisario únicamente será válido en los dos siguientes supuestos: 1º Si el causante hubiere señalado el grupo de personas entre las cuales ha de efectuarse la designación. 2º Si, a falta de tal señalamiento, el causante hubiere dejado herederos forzosos".

ha querido privar de validez a la sucesión por comisario sujeta al Fuero de Gipuzkoa cuando el grupo de herederos preventivos no está determinado en el poder testatorio y no es de existencia posible, no ha querido que la sucesión sujeta al Fuero de Bizkaia sea nula por tales omisiones en el otorgamiento del poder testatorio. Efectivamente, el art. 33.2 LDCV no llega a las consecuencias del art. 164.2 Ley 3/1992 pues no condiciona la validez[268] de la institución de comisario al nombramiento de la gama de sucesores potenciales o que existan legitimarios del causante, sino que meramente impone al comisario un requisito de ejecución, que se ciña a la gama señalada por el causante, y por su defecto, a los legitimarios, tronqueros y viudo. Y dicha gama a fijar por el *de cuisu* puede tan amplia como quiera establecer el causante. Además, este art. 33.2 LDCV tiene naturalez 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.

3.2.4. 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 art. 30, que el comisario podrá lo mismo pero no más que el causante, luego habrá de respetar las legítimas, troncalidad, reservas y reversiones.

3.2.5. La analogía con el similar *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[269], el delegado sólo tenía una elección *in incertum de certis*, limitada a optar entre los hijos y descendientes del causante[270], o bien podía elegir sucesor libremente conforme a la libertad civil del fuero de Ayala[271]. 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 otra parte de la doctrina[272], la cual se deducía de la comparación entre el aparentemente restrictivo art. 140 y el ampliatorio art. 141 LDCV: Que por defecto los destinatarios del ejercicio del *usufructo*

---

[268] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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.

[269] "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".

[270] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 582.

[271] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 117 y 123. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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. 434.

[272] 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: FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 339.

*podersoso* eran los hijos y descendientes del causante aunque éste era libre de señalar otros[273].

GOIKOLEA MARTÍN[274] llega a la misma conclusión, que bajo el *Fuero de Ayala* la designación de gamas de sucesores es requisito de ejecución, no de la validez de la institución de un *usufructuario poderoso* fundándose en la integración 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[275] 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 MARTÍN.

Además, añado varios argumentos. El de la literalidad del art. 91.2 LDCV que identifica *usufructo poderoso* con la facultad de ordenar la sucesión "a favor de los hijos o descendientes del constituyente", pero, aquí radica la clave, con la posibilidad de llamar a "otras personas señaladas expresamente por el mismo". Como segundo argumento añado que a la falta de designación del grupo de sucesores presuntos 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 Gizpuzkoa). Como tercer argumento, el principio *favor negotii* pues la opinión de GIL RODRÍGUEZ supone enervar de entrada el nacimiento 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, en su opinión no valdría la designación de usufructuario poderoso/fiduciario/comisario en el caso que hubiera un solo hijo del causante. Pero entiendo que 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[276]. Es más, siguiendo dicha hipótesis contraria, de la que discrepo,

---

[273] 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-Gasteiz, 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, "*Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*" –Andrés-María URRUTIA BADIOLA, Óscar Monje y Francisco Lledó (dir.) y Andrés-María Urrutia Badiola (coord.)- Dykinson y AVD/ZEA, 202, pp. 745.

[274] 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.

[275] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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.

[276] 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 SARRICOLEA SARRIKOLEA, Julián, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. pp 126, GIMENO GÓMEZ LA FUENTE, Francisco-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 176 y FERNÁNDEZ DE BILBAO

bastaría una designación muy genérica de las categorías de beneficiarios para salvar la ineficacia.

## II. DIFERENTES TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE ORDENAR LA SUCESIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

Parafraseando a ALBADALEJO y PUIG FERRIOL[277] 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 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 del todo, pues 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 TOBEÑAS[278] para el albaceazgo: 1. Sistemas fundados sobre la analogía. 2. Sistemas que tienen por base la idea de la representación. 3. Sistemas fundados en la carga sobre el heredero pleno. 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.

---

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 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".

[277] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales* Tomo XII, vol. 2º, EDERSA, Jaén, 1979. ISBN 84-7130-278-0-84-7130-216-0, pp. 13. PUIG FERRIOL, Luis. *El albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1967, pp. 42.

[278] CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Sucesiones, Vol. II obra cit., pp. 365.

**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 los herederos y legatarios de confianza (leyes 289-295 CDCNavarra y art 424-11 y ss. CCCataluña), pues éstos se limitan, ora a manifestar dicha voluntad confiada en secreto, 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, aunque sujeta a veces a instrucciones, generalmente libérrima y propia.

Tiene razón MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[279] 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".

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 GÓMEZ-LAFUENTE[280], el comisario, al elegir heredero, emite una declaración de voluntad propia. Y no se le puede calificar de *nuntius*, pues el heredero de confianza es un mero reproductor de la voluntad del causante. En cambio el vero *nuntius*, tal y como defienden DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y LACRUZ BERDEJO[281], 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".

*1.2. El delegado para testar como mandatario "post mortem".* Recuerda MARTÍNEZ CORTÉS[282] que Giampicolo es autor de la tesis según la cual 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 TOBEÑAS[283], la STS, Sala 1ª, de de 30-10-1944 de la que fue ponente, como sabemos, en cierta manera, NÚÑEZ IGLESIAS[284] 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 para esta última figura señaló DE LA CÁMARA ÁLVAREZ[285]:

---

[279] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1, pp. 19.

[280] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 138.

[281] 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 Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º. Bosch, Barcelona, 1984. ISBN 84-7294-169-8, pp. 295 y 296.

[282] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

[283] CASTÁN TOBEÑAS, José *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Sucesiones, Vol. II obra cit., pp. 597.

[284] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 322.

[285] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *La revocación del mandato y del poder*. Instituto editorial Reus, Madrid, 1948, pp. 573 y ss.

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 STS, Sala 1ª, de 06-03-1965 citada 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. Este punto de vista del Tribunal Supremo es natural pues la jurisprudencia considera a los, hasta cierto punto análogos, albaceas y contadores-partidores como mandatarios *post-mortem* del testador, con amplísimas facultades al identificarse con el propio causante que les nombró[286] (STS, Sala 1ª, 22-03-1983, 13-04-1992 y 20-02-1993).

Según ALEGRE ALONSO[287] la postura favorable a equiparar mandato con fiducia tiene arraigo en la doctrina debido a que ambos 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. No obstante las diferencias también existen:

1.2.1 La prohibición del mandato "post-mortem", es decir, con MARTÍNEZ CORTÉS[288], el mandato se extingue a la muerte del mandante (art. 1732 CC).

1.2.2. Asumir un mandato post-mortem supondría aceptar un mandato irrevocable, mucho menos por los posibles herederos (ALEGRE ALONSO[289]).

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[290].

1.2.4. El mandato obliga, y el poder testatorio, no (art. 45.5º LDCV). Otra cosa es la posible pérdida de las liberalidades dejadas al comisario si éste no acepta su nombramiento o renuncia su cargo, problema apuntado tanto GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE como ASÚA GONZÁLEZ[291].

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

---

[286] 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".

[287] ALEGRE ALONSO, Guillermo. "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria", en *Revista de derecho civil aragonés*, nº 1-2, 1998. ISSN 1135-9714, pp. 74.

[288] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

[289] Ibídem.

[290] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, en José-Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho (aut.), *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1973, ISBN 978-84-7294-021-7, 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.

[291] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-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.

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 BADIOLA[292] para quien el propio poder contiene en sí mismo la confianza. Y ciertamente, la LDCV exige que las instrucciones del comitente sobre ordenación de la sucesión del causante, administración y disposición de los bienes sujetos a ella, etc., deberán constar necesariamente en el propio poder, pues así lo ordena el art. 33.1 LDCV: El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio. Y apunta GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[293] 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[294].

*1.3. El delegado para testar como ejecutor (albacea/contador-partidor) con facultades extraordinarias.* Es la posición de NÚÑEZ IGLESIAS[295]: la "unión entre el comisario para testar y el ejecutor testamentario" al albur del amplio art. 901 CC, permite configurar un ejecutor testamentario de amplias facultades, incluso las particionales (art. 1057 CC), un tercero, denominado comisario contador-partidor, albacea que vía art. 749 CC llega a detentar facultades casi idénticas al del comisario del art. 671 CC. Y concluye "Así pues, y en la concepción del Código, ascendiendo por la escala de poderes del ejecutor, se llega al comisario para testar; por lo que éste sigue siendo un ejecutor promocionado. Ello resulta patente, pero no debe llevar a confundir ambas figuras (…) un ejecutor concreto puede devenir en comisario, y un comisario puede ser investido con la ejecución; pero ambos personajes tienen, en principio, distintos cometidos: aquél el de ejecutar, y éste el de disponer dentro de ciertos limites".

Además, como señala LACRUZ BERDEJO[296] 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.

---

[292] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María "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-Gasteiz, 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".

[293] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit, pp. 139.

[294] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en Andrés-María 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 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). b) Administrador natural de la herencia (art. 37.2 LDCV). c) Duración natural indefinida o vitalicia (art. 41.1 LDCV). d) Usufructuario nato de los bienes relictos (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).

[295] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 320 y 321.

[296] LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 320.

Una ventaja de la equiparación del comisario al albacea, 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 CALDENTEY[297], es que tanto los albaceas, como los contadores partidores y los administradores de 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.

La diferencia esencial entre el albacea/contador/partidor y el comisario para CELAYA IBARRA[298] 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.

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 SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015).

No obstante, la utilidad de la asimilación del comisario al albacea puede venir del hecho de que, conforme al Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, no contempla la figura objeto de nuestro estudio, refiere sólo ejecutores testamentarios según URRUTIA BADIOLA y RENTERÍA AROCENA[299], razón por la que en dicho certificado sucesorio europeo habría de introducirse al 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.* El oficio ("officium") un deber/cargo de Derecho privado, por antonomasia son las tutelas, las curatelas, el administrador judicial y el albaceazgo, el cual supone ciertos caracteres sin duda similares al del comisario[300]: Basado en la confianza que el causante le ha depositado; sus funciones son personalísimas y no delegables; es temporal; dispone

[297] LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, pp. 100 y 101.
[298] CELAYA IBARRA, Adrián. *El testamento por* comisario, obra cit., pp. 737.
[299] 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.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf
[300] SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 23-07-2001.

defunciones tuitivas que alcanzan a realizar todas las facultades que expresamente les hubiera conferido el causante, incluso algunas no patrimoniales, también la de practicar enajenaciones de bienes; la posibilidad de nombrar el cargo surge de una habilitación normativa (con lo que se evita el recurso a la equiparación de cargo del comisario al mandato y a la representación "post mortem") y sus amplísimos poderes no son omnímodos por ello debe prestar unas garantías (inventario, prestación de juramento y dación de caución), y rendir cuentas una vez concluido el encargo[301]. Características todas ellas similares al delegado para testar y que les asemejan a un representante orgánico del patrimonio que administran, en el caso del comisario, de la herencia yacente.

Esta es la tipificación defendida para el art. 831 CC de GARRIDO DE PALMA[302] y, parcialmente, por CÁMARA LAPUENTE[303] para el fiduciario-comisario de Navarra. NANCLARES VALLE[304] 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.

Aunque no duda del fondo de respresentación voluntaria de la figura del comisario URRUTIA BADIOLA parece equiparar al comisario viudo a un *officium*: "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...) Todo ello de acuerdo con el tercer elemento que supone su recta actuación. En suma, se trata de una figura que presenta rasgos propios en el Dereclio civil vasco más allá de la fiducia sucesoria y que imiplica una actuación por parte del comisario con carácter muy amplio, comfigurándose así corno una institución central en el Derecho civil vasco, que aúna aspectos del Derecho de sucesiones y el Derecho de familia…"[305].

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, incluida

[301] ALEGRE ALONSO, Guillermo. "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria", obra cit., pp. 72.

[302] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", en *Libro homenaje a Ramón María 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".

[303] 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 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»".

[304] NANCLARES VALLE, Javier. "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en María-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. 915.

[305] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "*Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*", obra cit., pp. 343.

la posibilidad de su remoción, a cargo de los poderes públicos. Y también se pueden oponer los reparos ya expuestos a la asimilación a la figura del albacea.

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

Es la opinión clásica de MANRESA Y NAVARRO y de SÁNCHEZ ROMÁN[306]. Era de común uso en la jurisprudencia y la doctrina administrativa[307] y legislación anterior al Código civil[308]. Más modernamente sus valedores prácticamente se constriñen al Derecho Civil Vasco, particularmente CELAYA IBARRA[309] y sus seguidores, como luego veremos. Asimismo la jurisprudencia, a modo de ejemplo la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018.

Como ventajas de la consideración del comisario como apoderado del causante, señala ALEGRE ALONSO[310], aparte de su apoyo histórico, que con esta teoría se salva el problema que encontrábamos en la teoría del mandato, que es contrato bilateral, pues 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.

---

[306] 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.

[307] La STS, Sala 1ª, de 10-10-1977 afirma "caducado el poder testatorio al cumplirse el año siguiente a la mayoría de edad, por causa de emancipación, del hijo menor, desde dicha fecha no podía la comisaria hacer uso con eficacia jurídica de dicho poder, por la razón dé que ya no lo ostentaba, tanto porque la caducidad implica la inexistencia de un término fijo para la duración de un derecho, y transcurrido aquél ya no puede éste ser ejercitado, cuanto por ser el requisito de subsistencia de poder indispensable para actuar a nombre de otro en virtud de autorización representativa, de modo que cuando falta, y se actúa sin persistir jurídicamente la autorización, los actos creados son nulos de pleno derecho por falta de facultades de la otorgante y ser actos prohibidos por la citada ley III, título XXI, del Fuero de Vizcaya, con la consecuencia de nulidad radical". 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 vidual, o en su defecto, la Autoridad judicial". STS de 19-09-1863, 31-03-1876 y 13-06-1924. RDGRN de 11-03-1929.

[308] 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).

[309] 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". El mismo autor en el mismo sentido en *Derecho civil vasco*, obra citada, pp.125 y en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 165.

[310] ALEGRE ALONSO, Guillermo. "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria", obra cit., pp. 85.

Es generalmente rechazado en el Derecho interregional español comparado, con la excepción de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[311] que lo defiende para la fiducia aragonesa, aunque la naturaleza de la representación es rechazada expresamente por el art. 407.1 CDCFAragón[312]. Y para la legislación de Galicia PÉREZ ÁLVAREZ[313]. La doctrina encuentra[314], como fallos a la consideración del cargo del comisario como representate voluntario del *de cuius*, que no hay sujeto representado. No pueden ser representados los herederos, dado que son indeterminados a la hora de constituirse el encargo y no 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.

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

**3. Sistemas fundados sobre la consideración del delegado como un heredero o sucesor más o menos pleno gravado con una carga.**

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 en dicha carga radica la fiducia. Ello incluiría al heredero distribuidor de Mallorca y Menorca, y al heredero de confianza de Navarra y Cataluña.

Las ventajas aparentes de esta concepción de la sucesión fiduciaria son la sencillez con que se solucionan las cuestiones de la aceptación o renuncia del cargo, administración y disposición de la herencia, la transferencia de propiedad a los destinatarios finales o las consecuencias de su extinción, todas ellas resolubles por aplicación de las normas propias del heredero o, en algunos casos, de las sustituciones fideicomisarias. El mayor problema, al menos en potencia, es la doble tributación derivada de la doble transmisión de los bienes hereditarios.

---

[311] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. "Título IV de la fiducia sucesoria", en José-Luis Merino Hernández (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*. SONLIBROS, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, pp. 385. Este mismo autor en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales,* Tomo XXXIV, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-553-4-84-7130-216-0, pp. 298 apoya la adscripción a la figura del arbitrador.

[312] "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*"

[313] 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.

[314] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20. PARRA LUCÁN, María-Ángeles. "La fiducia sucesoria", en Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-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.

Ciertamente, el fiduciario como un mero heredero con carga de retransmisión más o menos plena de los bienes hereditarios a un tercero se observa en ciertas figuras en Derecho civil interregional español:

*3.1. El heredero distribuidor en Mallorca y Menorca.* Como recuerda MERINO HERNÁNDEZ[315] 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[316], así como CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[317] 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[318] 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".

*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[319] con una correspondiente inexigibilidad por los sucesores presuntos[320].

---

[315] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994. ISBN 84-8040-003-X, pp. 87

[316] VERGER GARAU, Juan. "*Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit., pp. 389.

[317] CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", en María-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.

[318] CARBALLO FIDALGO, Marta. "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", en *Actualidad Civil*, Nº 12, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2005, Tomo 1. ISSN 0213-7100, pp. 4.

[319] 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 María-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. 2º, obra cit., pp. 661.

[320] 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, Sergio, La *fiducia secreta*, obra cit., pp. 1355 a 1366, la expresión de la ley 293.4 CDCFNavarra "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 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

*3.3. ¿Es el usufructuario poderoso sujeto al Fuero de Ayala un heredero fiduciario con carga de retransmisión de los bienes?* Concluyó MERINO HERNÁNEZ[321] que algo similar al heredero de confianza cabe decir del "usufructo poderoso" de la Tierra de Ayala. Algo de ello se ha discutido acerca del comisario viudo sujeto al Fuero de Bizkaia. 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 GÓMEZ-LAFUENTE[322], el *alkar poderoso* o comisario viduo se transmuta de un mero delegado para testar a un cargo de distinta naturaleza en el que 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.

Sin embargo opuso con razón ANGOITIA GOROSTIAGA[323] que "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 (…) 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". Añaden ESCOLÁN REMARTÍNEZ, ALEGRE ALONSO y CÁMARA LAPUENTE[324] 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 del comisario sobre la herencia, la consiguiente innecesarieedad del desdoblamiento de propiedad de quién ostenta la propiedad material o económica, la inexigibilidad al comisario de la obligación de cumplir su encargo, el carácter unilateral y mortis causa y la falta de beneficio ni para el fiduciante ni para el fiduciario.

Estamos de acuerdo con estos autores. Entendemos que la figura del comisario viudo o *alkar poderoso* en la LDCV participa de una superposición de un usufructo, como medio de vida y de garantía de la libertad del comisario viudo, y un poder testatorio, que es el instrumento de ordenación, superposiciòn que se deduce de su propia denominación "poderoso", de poder, pero que no confiere al comisario viduo un derecho propio y autónomo al poder testatorio, lo que se deduce de varios motivos: este usufructo es intransmisible (cfr. art. 36.1 LDCV vs. art. 480 CC) y no se conserva si se renuncia al cargo de comisario. En cambio si se ejercita el poder testatorio, por excepcion el *alkar poderoso* retiene el usufructo, pero el motivo de esta conservación es el servicio a dicho poder, se trata de evitar que el viudo demore por tal motivo la

---

determinación, si dichas personas aceptan, podrán exigir a los fiduciarios la entrega de los bienes correspondientes".

[321] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 87.

[322] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139 y 140.

[323] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.

[324] 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.

designación de sucesores del causante (art. 41.3 y la D.T.4ª. LDCV). Por fin, que el comisario no es un transmisario o intermediario en la transmisión de la sucesión, se deduce del hecho de que actúa en nombre del *de cuius* (cfr. art. 43.2 LDCV).

Este no es el cauce natural de la sucesión por comisario en la LDCV aunque he defendido[325] 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[326] a IRTI y ASCARELLI como autores de la teoría denominada "negozio d'accertamento" 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 de la búsqueda de vías para evitar la prohibición de delegar en un tercero la ordenación de la sucesión, la cual se daba en el Derecho Romano y se reintrodujo en la Baja Edad Media y la Edad Moderna, cuyo más evidente ejemplo son Las Partidas. Autores de la Edad Moderna tales como ACEBEDO, BARTOLO, CARPIO, ANTONIO GABRIEL, COVARRUBIAS, ANTONIO GÓMEZ, GREGORIO LÓPEZ… Estos autores buscaron argumentos y medios para enervar la prohibición de la delegación de la ordenación sucesoria. Así lo revelan SARRIÓN GUALDA[327] y NÚÑEZ IGLESIAS[328] quienes explican la manera de bordear la prohibición de delegar de testar usada en la

---

[325] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "Sección cuarta de la sucesión por comisario (Artículos 30 a 46)", en Andrés-María Urrutia Badiola (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).

[326] 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

[327] SARRIÓN GUALDA, José. "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales", obra cit., pp. 220.

[328] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 180 y ss.

Edad Moderna, sea la canonista distinción entre la "dispositio" de la "voluntas", sea la tomista progresión de los grados de atribución: "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»…".

*4.1. Teoría del "negocio per relationem".* Siguiendo a DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ[329] es aquél negocio perfecto pero incompleto, en el que la determinación de su contenido o de algunos de sus elementes 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; por el contrario 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*.

Apoya esta tesis ALEGRE ALONSO, precisando CÁMARA LAPUENTE[330], quien participa de la misma opinión, que se trata de 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, incluso a condiciones no meramente potestativas. En mi opinión, recuerda al clásico debate en Derecho romano estudiado en la introducción histórica sobre la validez de la cláusula «Sempronio será heredero si Ticio sube al capitolio» frente a la nulidad de la que diga «Sempronio será heredero si Ticio quiere». NANCLARES VALLE[331] 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".

[329] DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores. *"El negocio jurídico "per relationem"* (tesis doctoral). Recuperado de: https://eprints.ucm.es/id/eprint/54077/1/5322944870.pdf, pp. 31 y 76.
[330] 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 María-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.
[331] NANCLARES VALLE, Javier. "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en María-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. 915.

Critica GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[332] tal teoría 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 herencia 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 e1 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 GONZÁLEZ[333]. Por su parte, LACRUZ BERDEJO[334] critica esta teoría del *negocio per relationem* porque 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.

Bajo mi punto de vista tanto GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE como LACRUZ BERDEJO vienen a decir lo mismo, a saber, que la teoría del negocio *per relationem* confunde la perfección de la ordenación por comisario, cual es el nombramiento del delegado para testar, con su consumación, que es la ordenación que este último ejecuta. La primera es perfecta desde su otorgamiento, no necesita ningún elemento más, la segunda se consuma mediante la delación que elige el comisario.

*4.2. El comisario como arbitrador.* ZUBIRI DE SALINAS, CARBALLO FIDALGO, JIMÉNEZ GALLEGO, CERDÁ JIMENO y MEZQUITA DEL CACHO[335] entienden que el fiduciario-comisario es un "arbitrador". Esta tipificación de la figura de la delegación sucesoria no es muy diferente de la anterior. Así, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[336], al estudiar la figura del arbitrador[337], le sitúa en el marco del

---

[332] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 136.

[333] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 131.

[334] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

[335] ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. "Comentario a los arts. 110 a 118 de la Compilación (De la fiducia sucesoria)", en José-Luis Lacruz Berdejo 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. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., 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, EDERSA, 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 María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 448.

[336] DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 4.

[337] 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

negocio "per relationem", al afirmar 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[338] 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".

Critica MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[339] la consideración del fiduciario como un arbitrador de un negocio jurídico ajeno porque, aunque en ocasiones el causante dispone su sucesión de forma indeterminada, en otras, el causante habrá determinado entre quiénes tiene que elegirse el beneficiado. Se oponen también a esta teoría LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA y LACRUZ BERDEJO[340] pues le falta el aspecto interno de la condición fiduciaria del elector, misma conclusión a la que llega GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[341], 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. Entiendo que estos autores pretenden decir que esta tesis priva al fiduciario del aspecto de *confidenciario*, de la confianza transmitida o no del causante al delegado, de un encargo que ha de ejercerse más sobre la base de lo *oportuno* que de *lo debido*.

*4.3. La teoría de la voluntad integradora.* El defensor fundamental de esta teoría es LACRUZ BERDEJO[342] para quien, como hemos reiterado, "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 es de la mismas opinión PUIG FERRIOL[343] para quien "el encargo fiduciario 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

---

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".

[338] VERGER GARAU, Juan. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit., pp. 354.

[339] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 20.

[340] 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.

[341] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit, pp. 138 y 139.

[342] 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.

[343] PUIG FERRIOL, Luis, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, Vol 1º. 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.), "Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions". Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 272.

son DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[344] para los cuales "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[345] que a diferencia del "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[346] y la doctrina aragonesas[347]. 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.

También en Derecho civil común la teoría de la voluntad integradora es la defendida por la mayora parte de la doctrina tanto la más pretérita[348] como la más reciente[349] 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 y los sucesores lo son de dicho causante, incluso aunque se les

---

[344] 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.

[345] ALEGRE ALONSO, Guillermo , "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria", obra cit., pp. 83.

[346] 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.

[347] 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, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 598.

[348] 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 GARCÍA, Manuel, *La mejora*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, Madrid, 2003. ISBN 84-95240-82-3, pp. 83 y el mismo autor en "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", *Revista de Derecho Privado*. ISSN 0034-7922, nº 89, mes 1, 2005, pp. 17.

[349] 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*. ISSN 0210-301X. Vol. 58, nº 3, 2005, pp. 1123 y 1127; SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 39; MARTÍNEZ SANCHÍZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el favor viduitatis", en "El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista". Civitas, Madrid, 2014. ISBN 978-84-9085-182-1, 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 Porras y Fernando P. Méndez (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X, pp. 4288. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1378.

pague con bienes del fiduciario. Lo mismo sucede respecto de la legislación gallega[350]; balear[351] y catalana[352].

En Derecho civil vasco es la teoría defendida por ASÚA GONZÁLEZ[353]: "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 esta hipótesis de la voluntad integradora 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. El fiduciario como titular de un poder de disposición mortis causa sobre un patrimonio ajeno.* La idea era originariamente de ROCA SASTRE[354], quien reconoció que no puede esta tesis a todos los supuestos de sucesión por tercero. Define ALPAÑES DOMÍNGUEZ[355] la delegación de la ordenación de la sucesión de la siguiente manera: "Entraña una titularidad de disposición condicionada o limitada a la extensión dada por el difunto que, más propiamente que un derecho subjetivo, concede al viudo una facultad jurídica, un poder jurídico en el sentido a que se refiere DE CASTRO como «posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica»". LACRUZ BERDEJO[356], quien como hemos visto, no participa de esta teoría, define los poderes de configuración jurídica 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[357] entiende que es "una titularidad de disposición, con derecho a influir en la esfera jurídica ajena de un

---

[350] 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.

[351] VERGER GARAU, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit, pp. 353.

[352] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen . "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña", en María-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. 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.

[353] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 131.

[354] ROCA SASTRE, Ramón-María. "Heredero 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 *Revista de Derecho Privado,* 1948, XXXII.

[355] ALPAÑES DOMÍNGUEZ, enrique. *La delegación de la facultad de mejorar*, obra cit., pp. 24.

[356] LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 91.

[357] CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385.

modo semejante al derecho de presentación en los patronatos activos, y cuya titularidad no atribuye provecho económico alguno".

En Derecho común se acogen a esta teoría FERNÁNDEZ DEL POZO, GARCÍA RUBIO y RUEDA ESTEBAN[358]. En Galicia BUSTO LAGO[359]. Y para la regulación de Mallorca y Menorca, CERDÁ GIMENO y ESCOLÁN REMARTÍNEZ[360]. En el País Vasco el defensor parece ser GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[361] 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 recae 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 implícitas las características de cargo: personalísimo, intransmisible y sujeto a plazo de caducidad. Además, cuadra bien con las características de un "officium" de Derecho privado, pues a nuestro entender, es evidente que el fiduciario o el comisario tienen un derecho-deber o función tuitiva que la legislación confía a aquél en quien lo haga el causante, sin necesidad de entrar en la discusión de si su actuación es en nombre propio o existe una propia representación del causante.

Esta teoría es criticada por LADARIA CALDENTEY[362] 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

---

[358] 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, María-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*, obra cit., pp. 395.

[359] 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: "el cónyuge designado comisario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede instituir o distribuir". Invoca la RDGRN 11-03-1929. Pero lo cierto es que ésta dice "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", lo que la sitúa más bien dentro de la teoría de la fiducia como fenómeno representativo".

[360] CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385. ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 159.

[361] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

[362] 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 substitución que cita: l. 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. E1 del gestor en la comunidad en mano común. 5. Es también un caso de substitución 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).

que se citan como de atribución a tercero de la titularidad de disposición no implican, según dicho autor, 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 sentido procesalista[363] 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 1egitimado, pero no supone siempre, como veremos, la exclusión de la legitimación del titular de la esfera jurídica sobre la que recae el acto.

Además de la crítica anterior a esta tesis de la dislocación del poder de disposición, entiendo totalmente válida la que efectúa ALEGRE ALONSO[364] para quien surgen dos interrogantes. 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? Y 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[365]. Añado por mi parte que es artificiosa poque supone algún tipo de subrogación en las facultades inherentes a los derechos, pero no en estos mismos.

*5.2. Teoría de la subrogación en la posición del causante.* La postula MERINO HERNÁNDEZ[366] para quien las teorías que sostienen que la delegación de la testamentificación se basa en la transferencia de la titularidad de disposición sobre bienes ajenos, la teoría 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.

ALEGRE ALONSO[367] objeta que esta conceptualización de MERINO HERNÁNDEZ 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.

---

[363] 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.

[364] ALEGRE ALONSO, Guillermo, "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria", obra cit., pp. 76.

[365] Cfr. nota nº 363.

[366] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 89.

[367] ALEGRE ALONSO, Guillermo, "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria", obra cit., pp. 78.

Por mi parte entiendo, esta última tesis es sugestiva en cuanto explicaría el fenómeno de la sucesión por comisario como una plena ordenación de la sucesión del causante, como un ir más allá de la mera delegación de las institución de heredero y nombramiento de legatario. Explicaría como se plantean CÁMARA LAPUENTE y NANCLARES VALLE[368] que el fiduciario-comisario de Navarra puede otorgar cualesquiera disposiciones, incluso de carácter no estrictamente patrimonial[369], de igual forma que podría haberlas efectuado el causante (leyes 151 y 281 CDCFNavarra). También encaja con lo que ya dije[370] sobre que en Derecho Civil Vasco, mientras que el heredero (art. 19.2 LDCV) no es el continuador de la personalidad del causante sino en su patrimonio, 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.

*5.3. Teoría de la "sustitución legal".* Para su proponente, LADARIA CALDENTEY[371], es una sustitución en interés del sustituido, entendiendo sustitución en un sentido procesalista 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), así como el investido de la facultad de designar heredero que en las legislaciones forales siempre que éste carezca de facultades de goce[372].

El atractivo de esta teoría es que limita con la "representación orgánica", que presenta muchos caracteres similares con la sucesión por comisario de la LDCV, pues como dice DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[373], se asemeja a la representación legal

---

[368] 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.

[369] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, en "Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)", en Andrés-María 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. 221. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 137.

[370] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 70.

[371] LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 102.

[372] Señala como sustituidos los herederos (caso del albacea, del comisario partidor 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 sustituido el difunto, quien ordena la sucesión.

[373] 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

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 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 DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN LA LDCV.

En la actualidad hay dos posturas sobre la tipificación de la sucesión por comisario en la LDCV, la denominémosla así, clásica, patrocinada fundamentalmente por CELAYA IBARRA, quien propugna que estamos en presencia de un verdadero poder para testar. Y por otra parte la innovadora, propuesta por ASÚA GONZÁLEZ, 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.

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

Como sabemos, CELAYA IBARRA[374] 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.

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[375]: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[376]. Y más todavía, lo reconoce ASÚA GONZÁLEZ[377] sobre la base del art.

---

incapaz de obrar por sí mismo, que, a semejanza con lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal.

[374] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 736.

[375] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 162.

[376] 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

43.2 LDCV que afirma 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 BADIOLA[378] para quien el comisario es un *alter ego* del causante pues "cuando realiza el testamento o el pacto sucesorio del comitente no está solo representando a éste, 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 este autor participa de esa opinión[379]

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 también entiende que la sucesión por comisario es una institución de representación voluntaria cuando afirma: "…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[380], generalmente docentes de la Universidad del País Vasco, es corriente llamar "fiducia sucesoria" a la sucesión por comisario o usar ambas denominaciones indistintamente[381].

---

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…".

[377] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362.

[378] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María "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.

[379] "FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 166 y FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 70.

[380] La introducción del término "*fiducia sucesoria*" en relación a la normativa vasca se lo debemos a ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel en *La designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 17 y ss.

[381] 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. Aunque ciertamente tanto él como ASÚA GONZÁLEZ en esta última obra citada, usan indistintamente la denominación "fiduciario" y "comisario".

La crítica al entendimiento de la sucesión por comisario como un poder testatorio que efectúa ASÚA GONZÁLEZ[382] la resume CÁMARA LAPUENTE[383] en el sentido que hay dos grados cualitativos de intervención de un tercero en la sucesión del causante: sistemas juridicos que permiten romper con el "*personalismo formal*", que admiten que un tercero distinto del causante otorgue el testamento (o pacto sucesorio) de este último, un auténtico representante que actúa con propia voluntad, que son minoritarios. Y otros ordenamientos que lo prohíben pero autorizan 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, el testamento por comisario contraviene el personalismo formal pues supone un arbitrio ilimitado o escasamente mediatizado, pues 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 inadmisible con los principios personalistas que la mayoría de los ordenamientos sancionan. Por el contrario, 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 personas entre las que elegir o distribuir el haber hereditario.

Esto último es lo que ASÚA GONZÁLEZ denomina "*principio de responsabilidad del causante en la ordenación de su sucesión*" del que éste, según dicha autora, no podría abdicar ilimitadamente 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". Asimismo repudia la concepción de la sucesión por comisario como fenómeno representativo del causante lo que en su opinión, unido a lo anterior, evitaría las críticas a la figura de la delegación de la ordenación de la sucesión[384].

Tal opinión recibió crítica rotunda de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[385] 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 certis* propia de las Partidas y las Leyes de Toro en Castilla pero que fue superada en la por el Fuero Nuevo de 1526 en Bizkaia.

CELAYA IBARRA[386] por su parte entiende que el prejuicio base de la teoría de la fiducia es su oposición a que se pueda representar a un muerto, y entiende que el mismo constituye "*dogmas no hacen avanzar las Ciencias"*, que la idea del poder

[382]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-María 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. pp 365.

[383] CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 614 y 615.

[384] 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.

[385] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio" en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 142.

[386] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 164.

testatorio 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 LAGUNA[387]: "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 Y PONCE DE LEÓN[388] señala casos de subsistencia del apoderamiento tras la muerte del poderdante en Derecho común: 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 de 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[389] que "En la designación del comisario, el testador (…) 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»" (se imponen las cosas y no la palabra).

Hay práctica unanimidad en la doctrina y jurisprudencia[390] actuales en la denominación "fiducia sucesoria" para las diferentes variedades de delegación de la facultad de *ordenación sucesoria* en el Derecho interregional español[391] y, a la vez,

[387] ANGULO LAGUNA, Diego, *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 191.
[388] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 293 y 294.
[389] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 256.
[390] Así la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012
[391] *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*

separarla de las figuras de la *ejecución 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

---

*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 BERDEJO (DELGADO ECHEVARRÍA, obra cit, pp. 27). *Baleares.* En Mallorca y Menorca se habla de "distributario" o "heredero distributario" 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 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. 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. Comentario crítico y propuestas de futuro*, 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 Sobirá, 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 Sobirá, 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 PUIG FERRIOL, Luis, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, Tomo XXVIII, Vol. 1º, obra cit., 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 poderes 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 n° 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.

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 morte dissolvitur* (el mandato se extingue por la muerte) que aparece formulado como un clásico en Derecho Romano[392].

ASÚA GONZÁLEZ reconoce[393] 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 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 BERDEJO[394], 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.

ASÚA GONZÁLEZ es coherente con las ideas de LACRUZ BERDEJO para quien el fenómeno representativo, incluido el poder, funciona mediante una integración de voluntades entre representado y representante. Efectivamente, este autor[395] acoge la siguiente definición de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[396] sobre la representación: "aquélla 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, dicha opinión de LACRUZ BERDEJO engloba la representación directa y la indirecta, pero, lo más importante, 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

[392] 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 Valparaíso, agosto 2017. ISSN 0716-5455, pp. 142.
[393] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Designación de sucesor a favor de tercero*, obra cit., pp. 51 y ss.
[394] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 295.
[395] "LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 299 y ss.
[396] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 64.

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 pude 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 el mismo mecanismo que Pugliatti esgrime para definir la representación entre vivos es el que LACRUZ BERDEJO[397] defiende para la fiducia y que hemos reiterado: "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"[398] es lo que ASÚA GONZÁLEZ llama e principio de "responsabilidad" que recorta la libertad del causante a la hora de delegar la ordenación de su sucesión, también como PUGLIATTI.

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 al representado (BADENAS CARPIO[399]).

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 la repercusión directa tiene lugar cuando se trate de "cosas propias del mandante" (art. 1717 pfo. 2º CC, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y BADENAS CARPIO[400]), lo que sería obvio al ejercer la "fiducia" sobre los bienes inventariados del "de cuius".

Ora porque, como señalan JORDANO BAREA[401] 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 fiduciario, a salvo los adquirentes a título oneroso y de buena fe (cfr. art. 464 CC y 34 LH).

Ora porque (DIEZ-PICAZO y LADARIA CALDENTEY[402]) 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 sucesor. En suma, podemos hacer eco de las

---

[397] 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.
[398] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 314.
[399] BADENAS CARPIO, Juan-Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 1998. ISBN 84-8193-992-7, pp. 257 y ss.
[400] 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.
[401] JORDANO BAREA, Juan-Bautista. "Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria", en *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, nº 4, 1983. ISSN 0210-301X, pp. 1436.
[402] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 273. LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 95 y 96.

palabras de LADARIA CALDENTEY[403] de que "en el Derecho moderno, el único criterio para diferenciar la representación directa de la mediata es el de actuar en nombre ajeno en el primer caso, y en nombre propio en el segundo, pues no es ya decisivo el de la producción de los efectos en la esfera del representado 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".

Concluyamos con las palabras de ANGULO LAGUNA[404], defensor de la teoría de la representación en la sucesión por comisario 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 GONZÁLEZ, llegamos a casi la misma solución: "Dispone el comisario y no el causante; de modo que el que lo que hace el comisario valga, de cara a la ordenación de la sucesión, como si lo hubiera hecho el causante no ha de significar exactamente que el comisario esté realizando un negocio ordenador del fallecido"[405]. Y dice de seguidos que aunque parezca la mismo hay diferentes efectos según la opción que se adopte.

Pero si partimos del prurito doctrinal de no aceptar tal representación del *de cuius* por el comisario, 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 del poder son mayores, a saber:

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

La mayoría de los autores que denominan fiducia a la institución, acaban por hablar de poder, de delegación de facultades y, en general otorgando por analogía a la "fiducia" las propiedades del poder, aunque abjuren de este último. La asunción con naturalidad del poder supone:

*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[406]; lo que es perfectamente coherente con su libre

[403] LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*, obra cit., pp. 91
[404] ANGULO LAGUNA, Diego, *Derecho privado de Vizcaya*, obra cit., pp. 191.
[405] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362.
[406] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Vol. 2º. Bosch, Barcelona, 1977. ISBN 84-7294-103-5, pp. 393. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La*

aceptación y repudiación (art. 45.5 LDCV), y la amplia gama de facultades concedibles art. 30 y 33 LDCV. Por el contrario, el término y alcance de la palabra *fiducia* induce a pensar en un encargo confindencial limitado no al sano criterio del comisario sino a cierto sentido objetivo de arbitrio o equidad.

*1.2. La innecesariedad de la relación causal.* Pues siendo el apoderamiento un acto unilateral, no contractual[407], concede una autorización para vincular el patrimonio del causante, sea cual sea el negocio subyacente[408], que no es necesario que exista.

*1.3. La imposibilidad de fiscalizar la ejecución de su encargo por el comisario.* De la ventaja anterior deducimos esta última. Al constar la confianza otorgada en el propio poder, las instrucciones del comitente, si las hubiere, deberán incluirse necesariamente en el mismo y el comisario será libre en lo que no figure en ellas pero respetando la voluntad del causante y 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 pudiere 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 conflictos móviles interregionales e intertemporales.* Supuesta la ordenación de una delegación bajo una ley personal que rija su sucesión y que el causante muera bajo otra se plantea el problema de la conversión de fiducias sucesorias en poderes testatorios y viceversa. El problema en el País Vasco es notorio respecto de las fiducias 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 OLAETA, PARAMIO JUNQUERA y OÑATE CUADROS[409] optan por la conversión, entienden que la LDCV transforma o equipara al fiduciario del art. 831 CC con el comisario de la legislación vasca, a tenor de sus art. 33 y D.Tª. 5ª. 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 y, en consecuencia, no está entre las facultades de dicho precepto las propias del comisario de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos. No hay, en suma conversión de una figura en la otra. Dicha Resolución tiene su precedente en la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009 que igualmente afirma que las facultades del delegado (en dicho caso señaladas con remisión expresa al art. 831 CC) son las indicadas en el testamento en el que no cabe

---

*representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 131. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 302.

[407] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Vol. 2º, obra cit., pp. 391 y 392. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 131. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 313.

[408] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 99 y ss. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 304.

[409] PIÑOL OLAETA, Elixabete y PARAMIO JUNQUERA, Nieves, "Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final", 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. 231. 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.

una legítima colectiva y apartamiento. Estoy totalmente de acuerdo con estas dos resoluciones citadas por dos motivos: Básicamente a partir porque la D.Tª.5ª 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[410], 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 puede ser interpretada por hechos futuros y mucho menos por cambios normativos futuros[411].

La doctrina en general entiende que caso de cambio de norma reguladora de la sucesión el art. 9.8 CC salva la validez de poderes testatorios y fiducias otorgadas con anterioridad, hay autores como PARRA LUCÁN que lo niegan[412] al no tener preverse en su literalidad 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[413]. Pero la D.T.2ª CC da un argumento analógico a la subsistencia del poder testatorio, 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.

Y se puede añadir otro argumento, a saber que como quiera que la figura del poder testatorio es el que más amplias facultades concede a causante y comisario, y como quien puede lo más puede lo menos, dicho poder conferido valdrá tras el cambio de la ley personal del causante, en todo lo que permitan otras normativas más restrictivas que sobrevenidamente resulten de aplicación. Pero esta solución no funcionará al revés como hemos visto con el régimen intertemporal del art. 831 CC, es

---

[410] 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*, nº 2, ISSN: 1888-0525, junio de 2004.

[411] STS, Sala 1ª, 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. 5ª, de 01-12-2015.

[412] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 594.

[413] 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).

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.Tª. 12ª CC por remisión de la D.Tª. 1ª LDCV) si adquiriese posteriormente la vecindad civil vasca, entre otros argumentos, porque, en principio, podrá ordenar de nuevo una sucesión por comisario.

*2.2. Menos problemas de capacidad del comisario.* Cuando el representante no es capaz para el acto para el cual se le apodera, el poder es inútil, pero no nulo ni impugnable, y desde luego pueden ser confirmados 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 CDFAragón, 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 CDFAragón), y si es el único fiduciario nombrado, la extinción de la fiducia (art. 463 CDFAragón) pero es consecuente con actuar en su propio nombre.

Asimismo, la consideración del comisario como un apoderado del causante soluciona problemas interpretativos tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Derogado el término "incapaz", la solución al problema de cuando el comisario mayor de edad deba entenderse removido del cargo por falta de capacidad vendrá de la mano de que la persona discapaz sujeta a curatela representativa (art. 269 CC) no puede ejercer como comisario pues conforme al art. 36.1 LDCV el cargo de comisario es personalísimo, lo que choca frontalmente con el objeto de la curatela representativa cuyo fin es al (art. 249 CC) "tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación". Y, asimismo, por aplicación supletoria del art. 1732.4º CC conforme al cual el mandato/poder se acaba "4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición", cual puede ser la disposición de bienes a título gratuito.

*2.3. Menos problemas de legitimación del comisario.* 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 propia ley personal. Así, GIL RODRÍGUEZ[414], 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. Aún menos problemas 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 entre vivos como mortis causa de ordenar la sucesión que podría haber usado este último (art. 670 y 1259 CC, a "sensu contrario").

[414] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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.

*2.5. Menos problemas 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[415] para quien tal designación *in incertum de certis* 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, salvaríamos la eficacia del nombramiento.

*2.6. Aún menos problemas de legitimación de los sucesores.* Si éste según ASÚA GONZÁLEZ 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), la misma libertad que se concede a causante que quiso que su sucesión se ajustase a los criterios del comisario, según los ritmos de la cambiante realidad, y no a los legales.

**3. En el ámbito objetivo.**

*3.1. En general, la fiducia es un "mandato especial".* Otorgado para uno o más negocios determinados (art. 1712 CC), mientras que el poder es un "mandato 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 CUADROS[416]). Por el contrario, la fiducia es una suerte de *representación 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 ha de ordenarse la sucesión y por cuanto tiempo ejerce su cargo el fiduciario.

*3.2. La interpretación de las facultades de la delegación será más segura consecuencia de su consideración como un poder, por lo las mismas que han de constar por escrito.* Así lo dice LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[417] y el art. 441 CDFAragón, art. 31 y 33.1 LDCV)[418]. La exigencia del documento público notarial para

---

[415] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 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.

[416] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Abran paso a la libertad civil (II)", obra cit., pp. 17.

[417] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 379.

[418] Cfr. art. 1280-5º 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,* obra cit., pp. 401: "Sería sumamente difícil en innumerables ocasiones probar la exclusión de determinadas facultades -que

el otorgamiento del poder y sus instrucciones garantiza tanto la seguridad del tráfico frente a terceros como la libertad del testador. Frente a ello, la fiducia, distributiva-partitiva como *representación orgánica* a la que se acoge el testador depende de la interpretación en general de la ley, no en concreto del poder testatorio.

*3.3. Poderes implícitos.* La libertad del causante, como la de todo otorgante del poder permite entender que existen *poderes implícitos* o facultades no expresamente comprendidas en el encargo pero necesariamente incluidas en el mismo a fin de dar cumplimiento al mismo. Es decir, 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. El comisario, viene investido de todas las facultades implícitas necesarias para cumplir la voluntad del testador[419].

*3.4. En el ámbito objetivo da la respuesta afirmativa a la autoadjudicación y al autocontrato por el comisario.* 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. Despeja a favor de que el comisario ordena la sucesión del causante con la misma libertad de éste mismo.* El comisario (art. 30 y 31.1 LDCV) puede usar de los tres grandes grupos de facultades de ordenar la sucesión: 3.5.1. Nombrar herederos. 3.5.2. Imponer sustituciones, condiciones o carga. 3.5.3. Distribuir la herencia y 3.5.1. 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*, cierta equidad o arbitrio objetivo, es un mero distribuidor (art. 670 CC) dejando a algunos más y a algunos menos y en consecuencia, 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. Me refiero a lo siguiente: GIL RODRÍGUEZ[420], 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

---

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".

[419] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 179.

[420] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. ed. 2016, obra cit., pp. 993.

unilateral de la que pende la consumación del tracto sucesorio del causante". En la misma línea, ASÚA GONZÁLEZ[421] 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 ZUBIAUR[422], 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 actuación representativa de éste por aquél. 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.

**5. En la ejecución del encargo.**

*5.1. La delación de la herencia en el momento del ejercicio del poder testatorio.* Pese a la mejorable redacción del art. 17.2 LDCV, se entiende que la sucesión por comisario se abre con la muerte del causante y la delación ocurre con la designación por el comisario.

Los autores pro fiducia entienden, como explica CARBALLO FIDALGO[423], 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 dicha postura no es exclusiva de la posición *pro fiducia* y, al revés, hay autores *pro fiducia*, como MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[424] que entienden que en la sucesión ordenada por el fiduciario los efectos de la sucesión no puede retrotraerse a la muerte del causante, porque en ese instante no existe vocación sucesoria, por lo que hay que retrotraerlos al momento de la ejecución de la fiducia. De hecho la norma general es la inversa a la manifestada por estos autores. 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 GUASCH/LLODRÁ

[421] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.
[422] IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 327 y 328.
[423] 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, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 182.
[424] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 208.

GRIMALT[425], en Galicia DÍAZ TEIJEIRO[426] (art. 244.1º LDCGalicia). También lo entiende para el art. 831 CC la mayoría de la doctrina[427].

Volviendo al art. 17.2 LDCV IRIARTE DE ÁNGEL[428] y GALICIA AIZPURUA[429], entienden que el poder testatorio retrasa la delación y mientras tanto hay mera yacencia hereditaria. Esta última es también nuestra opinión[430], cuya consecuencia es que tras el llamamiento ordenado por el comisario y la aceptación por el sucesor este tendrá la posesión civilísima desde el tiempo de la muerte del causante (art. 440 y 989 CC).

*5.2. La irrevocabilidad de los actos de ejecución propia del poder testatorio grava menos las legítimas como regla general.*

En la siempre abierta fiducia se puede revocar el ejercicio de la ordenación sucesoria una y otra vez[431], 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[432], lo que es coherente con la "repesca" permitida en el art. 44 LDCV *in*

[425] 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.

[426] DÍAZ TEIJEIRO, 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, pp. 93 y 142.

[427] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1139 y 1141. GARCÍA RUBIO, María-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 favor viduitatis", en Óscar 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 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, obra cit., pp. 4297.

[428] IRIARTE DE ÁNGEL, Borja, "Título II. De las sucesiones. Disposiciones preliminares (artículos 17 a 22)", en Andrés-María 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 Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 45.

[429] 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

[430] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss.

[431] Es obvio cualquier retraso en la designación de sucesor supone un gravamen sobre la legítima difícilmente justificable según GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la 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 FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 173.

[432] 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*

*fine*, 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. Ello es coherente con la atribución por representación de unas facultades del difunto a una persona, facultades que sólo se hubieran extinguido si se hubiera consumado la transmisión sucesoria de dichos bienes a favor del instituido, por salir del patrimonio del causante y que vueltos los bienes al mismo, siguen vigente, los poderes se presumen subsistentes mientras no sean revocados. 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, pues puede defenderse que la habilitación para atribuir bienes del causante está agotada con su uso irrevocable.

*6.2. Se revoca el poder testatorio otorgado al cónyuge viudo si se demanda la nulidad, separación o divorcio.* 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 permite la aplicación del art. 102.2º CC ("Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: (…) 2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro."). Y ello de manera natural, sin acudir a la forzada analogía que hace la doctrina para aplicárselo al art. 831 CC[433].

*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.* Pues[434], no hay negocio causal, sino pura confianza. Igualmente se excluyen la aplicación de causas de extinción por analogía con otras figuras como el albacea[435]. Por el contrario, la fiducia, como institución legal basada en la desconfianza en el causante y el delegado puede dar lugar a que se admita una amplia gama de causas de extinción, como admite la doctrina respecto del art. 831 CC.

---

*general*, vol. 2, Ed. Reus, Madrid, 1978. ISBN 84-290-1109-9, pp. 859. DÍEZ-PICAZO, *La representación en el negocio privado*, obra cit., pp. 303. LACRUZ BERDEJO, "Parte general", obra cit., pp. 321.

[433] 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*, nº 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.

[434] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil, Vol 3º*, obra cit., pp. 321.

[435] 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 NOVOA[436] 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[437]: "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 IBARRA cuando en 1972[438] 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 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…".

Tal fue la opción que se intentó en 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 "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

[436] LEZÓN NOVOA, Manuel-Ricardo, *Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero*, obra cit., pp. 301.
[437] GARCÍA ROYO, Luis, *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo II, obra cit., pp. 295.
[438] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 776.

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 GÓMEZ-LAFUENTE[439] "aún hay otra postura, por dicha razón: la de los que tratan de explicar la 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".

En suma, la posición de CELAYA IBARRA en 1972 se aparta del texto, tanto del Fuero de 1506 como de la Compilación, pues la cita exacta de LEZÓN NOVOA[440] 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…»"), no una costumbre vinculante jurídica, con sus *usus* y su *opinio iuris*.

**2. La Ley 3/1992, el comisario viudo y equiparación a un "usufructo poderoso".**

De hecho posteriormente CELAYA IBARRA[441] acepta la tesis de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE 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 (…)

---

[439] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio" en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

[440] 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»".

[441] 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.

Hay que puntualizar que este significado del poder testatorio como usufructo poderoso solamente lo posee cuando el poder se otorga a favor de1 cónyuge".

Sien embargo, enteindo que no cabe denominar *usufructo poderoso* al *alkar poderoso*. En mi opinión[442], la posibilidad de usufructuar el caudal hereditario, es excepcional en la Ley 3/1992. Sólo se concede por ministerio de la ley al viudo bajo la vigencia de la misma 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[443] (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. La LDCV, el comisario viudo y equiparación a un "usufructo poderoso".

*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 BADIOLA ha recogido recientemente la tesis de CELAYA IBARRA 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, alimentos...)"; 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" [444].

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 aragonesa Ley 2/2003, de 12 de febrero, 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 de derecho de familia. ¿Es esto así en Derecho civil vasco? Veámoslo.

---

[442] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 485.

[443] Cfr. STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 17-09-1996.

[444] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 343.

*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[445] (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 y permanencia[446], juntamente con la fiducia sucesoria[447].

b) Carácter personalísimo e intransferible (cfr. art. 36.1 LDCV / art. 290.2 CDFAragón[448] / ley 253 CDCFNavarra[449]).

c) No son conmutables (ley 256 CDCFNavarra, inalienabilidad, art. 35 LDCV).

d) El contenido básico del derecho usufructuario de percibir frutos e intereses art. 293 a 298 CDFAragón[450] / leyes 414 y 415 CDCFNavarra[451] / art. 41.3 LDCV, inclusive usufructos especiales de dinero, acciones y de fondos de inversión (art. 299 y 300 CDFAragón / ley 258 CDCFNavarra/art. 53.3 LDCV[452]).

e) El régimen de gastos y mejoras (art. 294-1 CDFAragón / ley 415 CDCFNavarra), reparaciones extraordinarias (art. 295 CDFAragón / ley 414 CDCFNavarra), tributos y seguros (art. 293 a 298 CDFAragón / leyes 414 y 415 CDCFNavarra) por comparación con los art. 21.1.c) y 43.3 LDCV.

---

[445] Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1, obra cit., 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, Nº 40, 2005, pp. 78.

[446] Bajo la normativa de Aragón: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en Juan-Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llari (coord.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. ISBN 84-8456-504-1, 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.

[447] Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1, obra cit., pp. 311.

[448] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1, obra cit., pp. 315 y 327.

[449] 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, Nº 37, 2004, pp. 15.

[450] PARRA LUCÁN, María-Ángeles."Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa", en María-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.

[451] 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 María-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. 2.354.

[452] En este caso la normativa imitada ha sido la catalana como reconoce URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas, obra cit., pp. 181.

f) La obligación del usufructuario de pagar los alimentos del causante (art. 38 LDCV / art. 298 CDFAragón / ley 259.3 CDCFNavarra).

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).

3.2.2. Diferencias:

a) Naturaleza meramente matrimonial del derecho de viudedad aragonés. De la naturaleza familiar o matrimonial se deduciría[453] que el llamamiento al viudo no es a título de heredero, 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[454]). En Navarra no está tan claro. Hay autores que opinan es un derecho matrimonial no sucesorio[455] y otros que es meramente sucesorio (CALDUCHO GARGALLO)[456], quien 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.

b) Origen legal de los usufructos viduales aragonés[457] y navarro[458] frente al usufructo voluntario ligado al comisario viudo (art. 43 LDCV). 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 aragonés y navarro son renunciables anticipadamente[459], mientras el cargo de comisario sólo puede ser aceptado o renunciado tras fallecer el causante (art. 45.5 LDCV).

---

[453] Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1, obra cit., pp. 314. BAYOD LÓPEZ, Carmen en "15. La viudedad", en Manual de Derecho civil aragonés, obra cit., pp. 461.

[454] Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1, obra cit., pp. 320.

[455] LACRUZ BERDEJO, José-Luis. "Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 436-437, Septiembre - Octubre 1964, pp. 572.

[456] 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.

[457] PARRA LUCÁN, María-Ángeles."Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 2274.

[458] 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.

[459] 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.

d) El deber del usufructuario de formar inventario es dispensable conforme al art. 285 CDFAragón[460]) y ley 257 CDCFNavarra[461] y no lo es para el comisario conforme a la LDCV[462].

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 CDCFNavarra) y en Aragón el concurso de usufructuario y nudo propietario (art. 290.2 CDFAragón).

f) Es dudoso que el usufructo propio del comisario viudo conlleve su posesión por ministerio de la ley desde la muerte del causante, pues existe un período de vacancia si se le interpela para su aceptación (cfr. art. 45.5. LDCV). Al contrario, es muy claro en los usufructos de viudedad aragonés y navarro[463] se adquieren por ministerio de la ley con la muerte del causante.

**4. Conclusión.**

Es cierto que la LDCV 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 accesorio del mismo aunque de claro beneficio para el comisario viudo o miembro supérstite de la pareja de hecho inscrita.

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, pero como instrumento sucesorio, no como un fin en sí mismo.

---

[460] BAYOD LÓPEZ, Carmen en "15. La viudedad", en *"15. La viudedad"*, en, Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1, pp. 488.

[461] 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 María-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

[462]ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380. OÑATE CUADROS, Francisco-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. 5ª, de 02-05-2018 o la Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Getxo. Es curiosa la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 pues va a la contra del sentido general diciendo que la Ley 3/1992 no otorgaba acción para obligar.

[463] Para Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003", en *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1, obra cit., pp. 327. Tal es la opinión de PARRA LUCÁN, María-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.

*4.1. Origen sucesorio y no familiar del comisario viudo usufructuario.* Como dice ASÚA GONZÁLEZ[464] 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.

Entiendo que este usufructo nace con carácter sucesorio y como un plus otorgado al comisario viudo, pues 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 GOROSTIAGA[465] "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".

Además, dicha interpretación del origen matrimonial o familiar del *usufructo poderoso* puede dar lugar a problemas con los puntos de conexión interregional pues falta en el Código civil la habilitación normativa que el art. 16.2 CC concede al usufructo vidual aragonés que permita enervar el art. 9.8 CC y no consideramos suficiente la D.Tª. 7ª, pfo. 2º.

*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 si el causante así lo dispone.

El *alkar poderoso* se configura por tanto como un contenido natural del poder testatorio otorgado al cónyuge viudo cuyas facultades por defecto serían[466]:

4.2.1. Posibilidad de ser un poder testatorio irrevocable al instituirse contractualmente (art. 31.2 LDCV).

4.2.2. Administrador y representante natural de la herencia (art. 37.2 LDCV).

4.2.3. Duración indefinida o por los años que viviese el comisario viudo (art. 41.1 LDCV)

---

[464] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 364.
[465] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.
[466] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 70 y 72.

4.2.4. Usufructuario natural de los bienes hereditarios (art. 41.3 y D.T.4ª LDCV)

4.2.5. Facultades dispositivas del patrimonio hereditario (art. 43.4 y 5 LDCV) e incluso de liquidación 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 otorga por defecto, salvo disposición en contrario del causante, 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.* Cfr. art. 45.5 LDCV.

*4.5. El deber del comisario de formar inventario no es dispensable.*[467] Esto lo aleja del usufructo (art. 491 CC), pues no se trata de conservar la forma y la substancia de la cosa usufructuada y para ello determinarala (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.* Así lo dispone el art. 43.3 LDCV, lo que nuevamente lo aleja del usufructo (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

[467]ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380. OÑATE CUADROS, Francisco-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. 5ª, de 02-05-2018 o la Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Getxo. Es curiosa la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 pues va a la contra del sentido general diciendo que la Ley 3/1992 no otorgaba acción para obligar.

# CAPÍTULO TERCERO. DERECHO CIVIL INTERREGIONAL ESPAÑOL COMPARADO.

## I. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL ARAGONÉS.

### 1. Antecedentes y regulación actual.

Para algunos autores, como PARRA LUCÁN[468] y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[469], la fiducia es una institución de origen y desarrollo consuetudinario cuyo fundamento último se encuentra en el reconocimiento de la libertad civil y en el principio *standum est chartae*[470] que ALONSO LAMBÁN[471] data desde por lo menos el siglo XII. Añaden que la falta de mención expresa de la fiducia en los Fueros y Observancias se explica por la ausencia de la necesidad de dejar a salvo una institución que se practicaba. También participa de esta opinión ESCOLÁN REMARTÍNEZ[472] y la STSJ de Aragón de 09-11-1991. NÚÑEZ IGLESIAS[473], como siempre muy preciso y detallado, apunta que la falta de constancia escrita de la institución vino compensada por la doctrina producida en Aragón desde el siglo XVI y cita al efecto a Miguel del Molino, Pórtoles y Sesse en la Edad Moderna y a Jiménez y Joaquín Costa en el siglo XIX. Prosigue el autor citado señalando el reconocimiento jurisprudencial de la figura en varias sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza y del Tribunal Supremo. Por fin, refiere las propuestas de fiducia amplia del segundo Proyecto de Apéndice de Franco y en los de Ripollés y Gil Bergés (que admite la forma de capítulos matrimoniales y como fiduciarios a personas ajenas al cónyuge).

Por el contrario, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[474] no tiene tan claro la existencia de la figura con anterioridad al Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880, pues aunque cita que Franco, Guillén e Isábal reconocen la preexistencia de la institución, también reseña autores que lo niegan, tales como Suelves, Molino y Del Plano.

Será, por tanto, en art. 29 del "Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón", aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, cuando tenga lugar la primera regulación positiva de la fiducia sucesoria. Normativa restrictiva puesto que sólo permitía instiuir dicha figura entre cónyuges y en testamento

---

[468] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 589.

[469] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 35.

[470] STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2011: "debe señalarse que dicho principio tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2.003, 25 de junio de 2.007 y 26 de febrero de 2.009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos".

[471] ALONSO LAMBÁN, Mariano. "Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa", en *Revista Jurídica de Cataluña*, mayo-agosto de 1961, pp. 537.

[472] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 33 y ss.

[473] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 273 y ss. y 329.

[474] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales,* Tomo XXXIV, Vol. 1º obra cit., pp. 276. Igualmente el mismo autor en "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 370.

y, en opinión de PARRA LUCÁN[475], asistemática, por no resolver los problemas que plantea la institución.

Dicho Apéndice fue sustituido por la Ley 15/1967, de 8 de abril sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, la cual dedicó a la fiducia sucesoria el Título IV del Libro II (arts. 110 a 118), pero su regulación tampoco resultó enteramente satisfactoria según entiende la doctrina aragonesa.

Hubo de esperarse a la Ley 1/1999 de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (autonómica)[476] para tener una regulación completa de la institución (art. 124 a 148), incorporada ahora al Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón– CDFAragón- dentro del Título IV ("De la fiducia sucesoria"), del Libro III ("Derecho de sucesiones por causa de muerte"), art. 439 a 463. Por tanto la opinión de la doctrina y jurisprudencia sobre el texto de 1999 nos valdrá en gran manera para el análisis del actualmente vigente.

La normativa aragonesa es de la máxima importancia para nuestro estudio, pues determinados preceptos de la sucesión por comisario en la LDCV están inspirados en aquélla, hasta el punto que transcribe, a veces literalmente, artículos enteros del Código del Derecho Foral de Aragón.

**2. Concepto, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres de la fiducia sucesoria de Aragón.**

*2.1. Concepto de la fiducia sucesoria de Aragón.* Hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia[477] en la bondad de la denominación "fiducia sucesoria" que usa la normativa de Aragón, pues sirve para distinguir esta institución de *ordenación sucesoria* de las figuras de la *ejecución sucesoria* (albaceas, administradores de la herencia, contadores partidores, etc.).

El concepto legal lo da el art. 439 CDFAragón: "Todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente".

Hay muchas definiciones doctrinales. Prescindiendo de las más anticuadas, compiladas por MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[478], reseñaremos las más modernas.

---

[475] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria" en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 589.

[476] Sobre su génesis, véase SERRANO GARCÍA, José Antonio. "Derecho Civil de Aragón: presente y futuro", en *Revista Jurídica de Navarra*. ISSN: 0213-5795. Julio-Diciembre 2008, nº 46, pp. 109-163.

[477] Así la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012.

[478] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 17, recoge la definición de Joaquín Costacomo una «práctica aragonesa en virtud de la cual un cónyuge confiere al otro facultad para hacer en su nombre la designación de heredero y distribución de sus bienes entre los hijos». Pero es obsoleta pues ni sólo se confiere al cónyuge ni el fiduciario limita sus funciones a la mera designación de sucesores. Para Francisco Pala Mediano, citado por el primer autor indicado, es «la potestad de actuar sobre los bienes de una herencia, por voluntad y según declaraciones del causante, en beneficio de sus herederos y sin derechos ni interés o beneficio para el fiduciario». Pero esta conceptualización es insuficiente pues el fiduciario sí puede estar interesado en la sucesión, es más, el cónyuge-fiduciario es el verdadero interesado en el fenómeno fiduciario.

Para PARRA LUCÁN[479] "La fiducia sucesoria es una institución que permite al causante ordenar su sucesión a través de tercero". Conforme a CALATAYUD SIERRA[480] es "una delegación de la facultad de disponer por causa de muerte", concepto que básicamente acepta BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[481]. Según MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[482] es la "institución del derecho de sucesiones que permite al causante ordenar su sucesión a través de otras personas, supeditadas siempre a la voluntad de quien las nombra, en la que la delación de la herencia se difiere hasta que los nombrados ejecutan la ordenación", definición que entiendo la más completa porque distingue en la vida de la institución el efecto más característico, sus dos fases, de nombramiento del fiduciario y de la ejecución de la fiducia por el mismo.

La jurisprudencia no ha dado un concepto, sino que se limita a ser descriptiva de los caracteres de la institución, siendo la más completa la SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012[483].

*2.2. Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria de Aragón.* En la doctrina aragonesa predomina la *teoría de la voluntad integradora* de LACRUZ BERDEJO[484] para quien el testamento en que se nombra comisario o distribuidor no es un negocio incompleto o imperfecto, sino que necesita de un elemento integrativo extrínseco al propio testamento, cual es la decisión del fiduciario. Es decir la voluntad del testador, consiste en el *an* o el hecho mismo de decidir ordenar su sucesión y los requisitos esenciales que quiera darle, y se integra con la voluntad del fiduciario, quien aporta la

[479] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 587.
[480] CALATAYUD SIERRA, Adolfo. "Título IV, De la fiducia sucesoria", en *Revista de derecho civil aragonés*, ISSN 1135-9714, Año nº 5, Nº 1, 1999, pp. 87.
[481] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. "La fiducia sucesoria aragonesa", en María-Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 888.
[482] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 17.
[483] Establece dicha resolución que "… la capacidad de decisión del fiduciario alcanza a la ordenación de la sucesión del causante con la misma libertad con la que pudo hacerla este (art. 142 ley 1/99). Puede hacer la partición de la herencia (art. 53 Ley 1/99), instituir herederos, atribuir legados... siempre que ello no vaya en contra del contenido de la fiducia o de los límites que impone la ley (por ejem. Arts. 138 y 139 ley 1/99). Busca esta institución una ordenación de la sucesión lo más conveniente y adecuada posible en atención a las situaciones y circunstancias familiares en el momento de su ejecución. Momento -por definición- posterior al del fallecimiento del causante- fiduciante. De ahí la amplitud de la capacidad decisoria del fiduciario, cuyo límite está en el contenido de las disposiciones sucesorias del causante-comitente (art. 126 ley 1/99). Pero, además, siendo el fiduciario el cónyuge del causante, posee algunas peculiaridades, derivadas, precisamente de tal condición. Así, puede cumplir su encargo en testamento y no necesariamente por actos inter vivos (arts. 141 ley 1/99), puede ejecutarla sin plazo, mientras viva (art. 129 ley 1/99). Pero, además, al no existir en Derecho Aragonés una legítima individual, el fiduciario podrá distribuir los bienes hereditarios de manera igual o desigual, entre todos o varios descendientes, o bien atribuírselos a uno solo (art. 171 ley 1/99). Y, por fin, para facilitar o agilizar la labor del cónyuge fiduciario, éste "en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación " (art. 142-3 ley 1/99). Recoge el precepto el Auto del Presidente del T.S.J.A. de 3 de octubre de 1989 que explica esta norma según la cual el viudo fiduciario reúne todo el poder sobre los bienes comunes, pues es pleno propietario de la mitad y encargado de distribuir la otra mitad".
[484] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711. El mismo autor en *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 376.

voluntad de contenido (sujetos, objeto, condiciones) y surge la ordenación sucesoria. En el mismo sentido la jurisprudencia menor aragonesa[485].

*2.3. Diferencia de la fiducia sucesoria de Aragón respecto de figuras afines.* A tenor de la categorización clásica contenida en la STS de 30-10-1944 distinguimos:

2.3.1. No es una fiducia plena pues la misma se caracteriza por estar totalmente oculta, tanto en su contenido, como en su propia existencia, mientras que la fiducia sucesoria aragonesa consta en escritura pública o testamento y el fiduciario se presenta abiertamente en sociedad como tal.

2.3.2. Tampoco es un heredero de confianza, regulada en el Fuero Nuevo de Navarra y en el Código de sucesiones de Cataluña, puesto que éste debe aceptar la herencia y darle luego el destino que confidencialmente le haya confiado el causante, sin margen de libertad decisoria, hasta el punto que MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[486] dice "sólo es un heredero aparente, más bien un testigo cualificado, que no hace sino exteriorizar una voluntad ajena". Al contrario, el fiduciario no es un sucesor, y tiene libertad para ordenar la sucesión del causante en todo lo que éste no le haya impartido instrucciones.

2.3.3. Autonomía de voluntad en la fiducia sucesoria que le diferencia también de los herederos distribuidores y heredamientos fiduciarios. Asimismo se diferencian, según PARRA LUCÁN[487], en que en el fiduciario no tiene un encargo secreto, ni tiene un título formal de heredero, ni debe limitarse, una vez revelada la confianza, a ejecutar testamentariamente el encargo confidencial recibido, como si fuera un albacea.

---

[485] SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012 "Mediante la fiducia el causante (comitente o fiduciante) nombra a alguien para que después de su muerte (del causante) ordene su sucesión. Pero el fiduciario no es un heredero, no hace suyos los bienes del fiduciante; pero tampoco es un albacea, pues no se limita a ejecutar y vigilar la ejecución de la voluntad del disponente. El fiduciario "integra y completa" la del causante al cumplir su voluntad fiduciante y ello porque la voluntad del causante que designa fiduciarios no basta para deferir la herencia a favor de personas concretas. Se precisa la "decisión" del fiduciario (en los límites de la fiducia) para completar el círculo de la "delación" de la herencia. Ahora bien, los designados por el fiduciario en cuanto que tal, serán herederos del causante (fiduciante o comitente), no del fiduciario". SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 11-12-2015: "Esto supone, cuando el fiduciario es el cónyuge, que la fiducia es de por vida (art. 444-2 C.D.F.A.). Por lo tanto, mientras la fiducia no se haya ejecutado no se entiende producida la delación de la herencia, pues el nombramiento del fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio), sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia (S.T.S.J. de Aragón, 21/2012, de 30-5)". SAP de Huesca, de 17-02-2001 "La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias y al ejecutar no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño. El que fue fiduciario ya había perdido entonces la potestad para concretar la voluntad de la causante por lo que sus disposiciones en modo alguno pueden servir para integrar la voluntad de aquella que, de este modo, está completamente ausente en los testamentos litigiosos, no existe".

[486] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 19.

[487] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit. 591.

2.3.4. El fiduciario tampoco es un sucesor modal (gravado con legados, cláusulas «sub modo», sustituciones fideicomisarias[488], fideicomisos, donaciones «mortis causa» con transmisión fiduciaria, etc.) porque no es sucesor.

2.3.5. Y no es un mero albacea, pues el fiduciario ordena la sucesión, no es un mero ejecutor de la misma como aquél, como se demuestra porque el testador puede hacer ambos nombramientos de modo que coexistan las dos instituciones (art. 484 CDFAragón).

2.3.6. Precisamente, como figura a medio camino de la *institutio* y la *executio* hallamos el art. 473 CDFAragón relativo a las disposiciones genéricas del causante a favor del alma y obras pías (ap. 1) o a favor de los pobres u obras asistenciales (ap. 2), poco tratados por la doctrina aragonesa y muy similares en su estructura a lo previsto respectivamente en el art. 747 y 956 CC.

a) En cuanto a las disposiciones del causante a favor del alma y obras pías, (art. 473.1 CDFAragón) seguimos la explicación de GONZÁLEZ PORRAS[489], brillantemente obvia: "En mi opinión, queda suficientemente señalado el sentido del artículo 747 del Código civil, que incluido entre las «formas genéricas de instituir herederos, la verdad es que no es otra cosa que la previsión legal, limitada de manera exclusiva para el caso que el precepto recorta, en cuanto al destino de un patrimonio (en todo o en parte) que al hacerlo el testado indeterminadamente y sin especificar su aplicación, la propia Ley suple, con independencia de que se les llame «sucesores sui generis» o beneficiarios con carga modal". A partir de ahí el albacea no tiene la *institutio*, sino la mera *executio* consistente en dos funciones sucesivas: (i) vender los bienes, y (ii) distribuir su importe en la forma que la Ley le señala.

b) Sobre las disposiciones genéricas del causante a favor de los pobres u obras asistenciales (art. 473.2 CDFAragón) hay una total analogía con el art. 956 CC, en su redacción original. Conforme al resumen de la doctrina sobre dicho precepto hecha por GUILARTE ZAPATERO[490], el Estado es heredero por derecho propio, ora en parte fiduciario, ora en parte o totalmente gravado con una carga de asignación a favor de terceros.

2.3.7. La Junta de Parientes. Como afirma la E.d.M. del CDFAragón, "la Ley de sucesiones dejó sin contenido el artículo 22 de la Compilación (derogado por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad), que se

[488] Según la RDGRN de 27-10-2004 citada por ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 87, "la conclusión más conforme con la literalidad del artículo 783 del Código Civil es la de considerar, con la doctrina científica, que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria modalizada porque el fiduciario puede disponer de los bienes en los términos que le hay autorizado el testador".

[489] GONZÁLEZ PORRAS, José-Manuel, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir) *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-572-0-ISBN 84-7130-216-0, pp. 39. Rechazada la antigua jurisprudencia que consideraba que el alma era heredera, hay autores que defienden que es una institución o legado "sub modo", rechazable como los que lo explican como una sustitución fideicomisaria porque no hay intermediario en la transmisión, aunque alguna antigua RDGRN permitía la inscripción de inmuebles a favor del albacea.

[490] GUILARTE ZAPATERO, Guillermo, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1989. ISBN 84-7130-617-4 a ISBN 84-7130-216-0, pp. 306.

refería a la «Junta de Parientes en funciones de fiducia sucesoria». Hoy la fiducia colectiva no es considerada propiamente como un supuesto de Junta de Parientes, pero sí ha parecido oportuno señalar que las normas del Título IV, se aplican supletoriamente, en defecto o para completar la normativa específica contenida en sede de Derecho de sucesiones, a su vez subsidiaria de las instrucciones del comitente".

2.3.8. El poder "post mortem". Para MERINO HERNÁNDEZ[491] como la normativa da la posibilidad a los aragoneses de constituir la fiducia sucesoria mediante cualquier tipo de escritura pública "inter vivos", da pie a la existencia de poderes que, una vez fallecido el poderdante, sigan teniendo vigencia y eficacia[492], si de las disposiciones contenidas en ellos puede inferirse con toda certeza que su otorgante ha querido darles trascendencia "post mortem", es decir, para que el apoderado siga actuando, en nombre del poderdante, para después de fallecido éste. No obstante, siguiendo a este autor, dicho poder está restringido a la mera gestión de la herencia (administración, representación e incluso disposición), no a su ordenación sucesoria.

*2.4. Caracteres de la fiducia sucesoria de Aragón.* Siguiendo a PARRA LUCÁN[493] son:

2.4.1. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante que prevalece siempre[494] de modo que el fiduciario, salvo expresa autorización del comitente, "no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento" (art. 441 CDFAragón).

2.4.2. Cargo revocable en cualquier momento, pero siempre que la revocación se haga en testamento o escritura pública (art. 443.1 CDFAragón)[495]. Hay revocación tácita por el nombramiento de un nuevo fiduciario (art. 443.2 CDFAragón).

---

[491] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 81.

[492] MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis. "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 447 y 448 defiende también la validez del poder "post mortem" en el Código civil a tenor de su art. 1732.3º. Además se recoge expresamente en la ley 150 CDFNavarra.

[493] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 592.

[494] STSJ de Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005 "En la normativa propia de la fiducia, en concreto el artículo 124, comienza estableciendo dos principios generales básicos en la institución, como son el respeto a la voluntad del comitente y una gran amplitud de la función del fiduciario al ordenar la sucesión del causante. Con cumplimiento de las instrucciones que el comitente le haya dado, como concretan los artículos 126 y 127. Y teniendo en cuenta que, a salvo de tales instrucciones, existiendo al tiempo de ejecución de la fiducia descendientes del causante, tendrá el fiduciario la obligación ordenar la sucesión exclusivamente entre ellos, junto, eso sí, con la facultad, de gran relevancia en este caso, de establecer la sucesión con la misma libertad con que podría hacerlo el causante, conforme ordena el artículo 142".

[495] Se discute en la Doctrina si el pacto de irrevocabilidad es aplicable o no a la fiducia. Se pronuncian a favor LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, en "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 388 y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 896. En contra, PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 595 a 597; ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 99; MARTÍNEZ CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 110 y MERINO HERNÁNDEZ, Emilio, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 129.

2.4.3. Voluntariedad, pues el cargo puede ser renunciado sin necesidad de alegar ninguna excusa (art. 440.3 CDFAragón).

2.4.4. Cargo naturalmente gratuito, "salvo que el causante hubiera previsto que fuera retribuido" (art. 440.3 CDFAragón).

2.4.5. De naturaleza personalísima[496] (art. 440.3 CDFAragón) aunque, el causante puede nombrar albacea o administrador (art. 449.2 CDFAragón).

2.4.6. Hasta la ejecución de la fiducia sucesoria, los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión están en situación de mera expectativa de derechos pues hasta entonces no se produce la delación[497] y la herencia estará yacente[498] (art. 448 CDFAragón).

2.4.7. Cargo temporal salvo si el fiduciario es el viudo del causante, en cuyo caso es de por vida (art. 444 CDFAragón).

**3. Clases de fiducia sucesoria en la normativa de Aragón.**

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte amplió notablemente la institución, pues la Compilación sólo preveía dos posibilidades, ora nombrar fiduciario al cónyuge, ora establecer la llamada fiducia colectiva para ordenar la sucesión de "La Casa" (RIVAS MARTÍNEZ[499]).

*3.1. Fiducia básica.* Con la regulación actual cualquier persona puede ser fiduciaria, individual o colectivamente nombrada y con cualesquiera facultades (art. 439 CDFAragón).

---

[496] La naturaleza imperativa del carácter personalísimo del cargo es defendida por BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 894. En contra, PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 593, para quien "De la literalidad del precepto (se entenderá) se infiere que es ésta una regla interpretativa de la voluntad del causante y, por tanto, dispositiva, pudiendo el causante autorizar al fiduciario la delegación del ejercicio de alguna de sus facultades. En tal caso, será exigible un poder especialísimo". MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 26, admite que el fiduciario recurra a un *nuntius*: "Si el poder es otorgado por el fiduciario para que el apoderado nombre heredero a una persona determinada, como dicen varios autores, no se está nombrando sustituto, sino ejecutando la fiducia". Y entiende que es la solución adoptada por el art. 19 de la Compilación Balear, el art. 39 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco y la ley 282 de la Compilación de Navarra.

[497] En la doctrina: MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa.*, obra cit. pp. 18; PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 595. ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 66. En la jurisprudencia: STSJ de Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002: "la esencia de dicha institución proviene de la voluntad de diferir a un momento posterior la designación de los sucesores, surgiendo la vocación hereditaria cuando el fiduciario haga uso de sus especificas facultades y elija a una o varias personas para suceder en los bienes del comitente, hallándonos mientras tanto ante un patrimonio con varios herederos posibles (expectativa de designación), pero sin un concreto llamamiento de determinadas personas". Cfr. SAP de Huesca, sec. 1ª, de 06-07-2010, SAP de Huesca, sec. 1ª, de 03-04-2014 y SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 11-12-2015.

[498] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 589.

[499] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, Tomo II, obra cit., pp. 1359.

*3.2. Fiduciario viudo.* No obstante hay una "bifurcación" normativa (BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[500]) tendente a reforzar la posición del viudo-fiduciario[501], con un tratamiento especial, más beneficioso, frente al fiduciario no consorte y cita unas características equiparables a las del *alkar poderoso* sujeto a la legislación civil vasca: a) Si el único fiduciario es el viudo del comitente, su nombramiento se entenderá hecho por vida (art. 444.2 CDFAragón). b) Es administrador y representante de al herencia por defecto (art. 449.1.a) CDFAragón como usufructuario o mientras la comunidad conyugal esté indivisa). Añadimos nosotros otras características del fiduciario-viudo: c) Es usufructuario por derecho propio (art. 283.1 CDFAragón) lo que le da un carácter bifronte similar a la regulación vasca un usufructo personalísimo más allá del propio interés del viudo usufructuario, orientado al eficaz cumplimiento de su función fiduciaria. d) Tiene facultades dispositivas a título oneroso sobre los bienes de la herencia (art. 449.1.a) y 453 CDFAragón). e) Únicamente el cónyuge puede ejecutar la fiducia en testamento (art. 456 CDFAragón), en cuyo caso las disposiciones así ejecutadas en uso de la fiducia serán revocables (art. 458.2 CDFAragón). Por el contrario los demás fiduciarios sólo pueden hacerlo por actos *inter vivos.* f) Cuando el causante disponga una fiducia colectiva, así como en la sucesión de "La Casa", el viudo es fiduciario, salvo disposición en contrario del causante (art. 459.1 y 461.1 CDFAragón)[502]. g) Posible irrevocabilidad al instituirse contractualmente a través de capitulaciones matrimoniales[503] o pacto sucesorio (art. 195, 200, 401, 442 y 443 CDFAragón).

Es de notar que el art. 17 de la Ley (de Aragón) 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas, previó y equiparó expresamente al fiduciario cónyuge con la pareja estable. Pero dicho precepto, como destaca PARRA LUCÁN[504], fue derogado y no ha tenido continuación. Así la pareja estable sólo tiene un derecho al ajuar doméstico y de habitación en la vivienda habitual de un año de duración desde el fallecimiento del causante (art. 311 CDFAragón). Ello no es obstáculo según LÓPEZ

---

[500] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 898.

[501] Cfr. SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012: "Pero, además, siendo el fiduciario el cónyuge del causante, posee algunas peculiaridades, derivadas, precisamente de tal condición. Así, puede cumplir su encargo en testamento y no necesariamente por actos inter vivos (arts. 141 ley 1/99), puede ejecutarla sin plazo, mientras viva (art. 129 ley 1/99). Pero, además, al no existir en Derecho Aragonés una legítima individual, el fiduciario podrá distribuir los bienes hereditarios de manera igual o desigual, entre todos o varios descendientes, o bien atribuírselos a uno solo (art. 171 ley 1/99). Y, por fin, para facilitar o agilizar la labor del cónyuge fiduciario, éste "en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación " (art. 142-3 ley 1/99). Recoge el precepto el Auto del Presidente del T.S.J.A. de 3 de octubre de 1989 que explica esta norma según la cual el viudo fiduciario reúne todo el poder sobre los bienes comunes, pues es pleno propietario de la mitad y encargado de distribuir la otra mitad".

[502] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 593.

[503] ATSJ de Aragón de 19-11-1997: El pacto de establecimiento de fiducia sucesoria es de frecuente práctica en las Comarcas del Alto Aragón, incorporado corrientemente a los capítulos matrimoniales, en íntima conexión con la finalidad de conservación y prolongación en el tiempo de la Casa, institución consuetudinaria hondamente arraigada en esas Comarcas.

[504] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 593: "Lo cierto es que no se equiparan legalmente los cónyuges y los miembros de una pareja, de modo que lo previsto en sede de fiducia para el cónyuge fiduciario no es aplicable sin más al miembro de la pareja no casada (sin perjuicio de que en algún caso proceda la aplicación analógica cuando se entienda que existe identidad de razón como sucede, por ejemplo, con lo previsto en el art. 457)".

AZCONA[505] para que los convivientes puedan reconocerse recíprocamente derechos hereditarios en virtud de pacto sucesorio, testamento -incluido, el mancomunado- o fiducia sucesoria, con respeto, en todo caso, a los derechos de los legitimarios.

### 4. Requisitos de la fiducia sucesoria de Aragón.

*4.1. Requisitos subjetivos.* Distingue la ley entre *comitente* (no usa la palabra *fiduciante*), *fiduciario* y sucesores.

4.1.1. Comitente. a) Legitimación. Hay unanimidad doctrinal en que el causante ha de ser de vecindad civil aragonesa (art. 9.2º Estatuto de Autonomía de Aragón, art. 439 CDFAragón y art. 9.8. CC), pues no estamos en presencia de una mera forma testamentaria sino un modo de delación[506] (art. 407.1 CDFAragón). No obstante, en virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil por tanto, pudiera otorgar fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado[507]. Así, las cosas, se plantea la doctrina que si el comitente adquiere luego del otorgamiento una vecindad civil que no permita la fiducia sucesoria, pierde o no validez dicha institución fiduciaria[508]. Alguna sentencia limita la fiducia entre cónyuges a aquéllos cuyo régimen económico matrimonial está sometido al derecho aragonés[509]. b) Capacidad. El causante ha tener

[505] LÓPEZ AZCONA, Laura. "Las parejas estables no casadas", en María-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. 898.

[506] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 105.

[507] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales". *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 6, 2016. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[508] En general se entiende que el art. 9.8 CC salva la validez de la fiducia otorgada. En tal sentido, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 888; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, "La Fiducia Sucesoria Aragonesa", obra cit, pp. 84 y MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 105. Estos autores entienden que el art. 9.8 CC salva su validez, sin perjuicio del ajuste legitimario a la ley que rija dicha sucesión. En Derecho común mantiene la misma posición RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en Víctor Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8, pp. 1328. Sólo discrepa PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 594, afirma que "no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas generales 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".

[509] SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 12-11-2018: "Y (ii) se faculta al sobreviviente para que distribuya los bienes entre los hijos y los descendientes en la proporción, tiempo, forma y condiciones que tenga por conveniente (Fiducia sucesoria, solo posible para cónyuges aragoneses cuyo régimen económico matrimonial está sometido al derecho aragonés), ya que la causa eficiente que atribuye el usufructo vidual aragonés no es la muerte del otro, sino la celebración del matrimonio (STJA 11/07/1994, SPAZ 07/02/1996), y si en los matrimonios regidos por el código civil no se les puede atribuir el usufructo viudal universal, no pueden disponer de todos los bienes con base o fundamento en la fiducia sucesoria, por lo que resulta inaplicable".

catorce años de edad y no carecer de capacidad natural (art. 439 CDFAragón)[510] si ordena la fiducia en testamento, en opinión de ESCOLÁN REMARTÍNEZ[511]. En cuanto a la capacidad tanto para ordenar la sucesión como para aceptar la institución de heredero paccionada o en capitulaciones, BAYOD LÓPEZ[512], entiende que es precisa la mayoría de edad (art. 23 y 378 CDFAragón) pues el art. 199.2 CDFAragón, exige para los actos y contratos que puedan otorgarse en capitulaciones, distintos de estipulaciones que determinen o modifiquen el régimen económico matrimonial, la capacidad que las normas que los regulan requieran en cada caso. Sin embargo rebaja la capacidad precisa LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[513], quien entiende que el mayor de catorce años y que esté en su sano juicio puede nombrar fiduciarios no sólo en el testamento sino también en escritura pública. Añade que dado el carácter personalísimo de la institución, no cabe ordenar una fiducia en ejercicio de la sustitución ejemplar de un incapacitado. En el extremo opuesto se sitúan PARRA LUCÁN y GARRIDO MELERO[514], los cuales exigen plena capacidad para nombrar fiduciario porque, a su entender, la coherencia con la posibilidad de ordenar la fiducia en testamento ológrafo o pactos sucesorios, que requieren mayoría de edad (art. 408.2 y 378 CDFAragón), también la impone en todo testamento.

4.1.2. Fiduciario. a) Capacidad. El art. 440.1 CDFAragón determina que el fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante[515]. (i) La capacidad de obrar precisa es la plena, 18 años de edad sin incapacitación[516] fundada esta exigencia en la importancia del acto de disponer de bienes ajenos[517]. (ii) LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA y

[510] El CDFAragón en sus art. 34 a 45 y 100 a 159, con otros preceptos a ella vinculados a lo largo de dicho texto legal, en ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 71.2º del Estatuto de Autonomía de Aragón, en cuanto a derecho sustantivo no ha quedado afectado por las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que sí afecta entre otras normas materiales al Código civil. En especial toda la materia que el Código aragonés denomina "De las relaciones tutelares", en el Título III de su Libro Primero.

[511] Para ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 91, el CDFA determina la mayoría de edad genérica de 18 (art. 4). No obstante, hay capacidad para contratar desde los 14 años (art. 23), si bien bajo asistencia de uno de sus padres o el tutor.

[512] BAYOD LÓPEZ, Carmen. "Capítulos matrimoniales e instituciones familiares consuetudinarias", en Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1, pp. 319.

[513] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit, pp. 371.

[514] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 594. GARRIDO MELERO, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en Víctor Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8, pp. 1201.

[515] Así, el CDFAragón se hace eco de la opinión de MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 50 y 120, según la cual, exigir la capacidad al tiempo de la ejecución de la fiducia puede dar lugar a una dilación excesiva de la actuación, piénsese en que el fiduciario es menor y no puede actuar hasta la mayoría de edad.

[516] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit, obra cit., pp. 374. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit, pp. 892.

[517] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 595.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[518], niegan la posibilidad de que el fiduciario sea una persona jurídica. (iii) Dicho fiduciario debe tener la capacidad exigible desde el momento de empezar a ejercer el poder, lo que es coherente con la posibilidad de que en dicho momento proceda a la renuncia o aceptación de su cargo y la capacidad necesaria para el consiguiente e inmediato cumplimiento de sus deberes según PARRA LUCÁN[519] o para evitar dilaciones excesivas hasta que el fiduciario sea mayor de edad, según MERINO HERNÁNDEZ[520]. (iv) Consecuencia de la exigencia de plena capacidad de obrar, el concursado no podrá ser fiduciario pues[521] exige *plena capacidad civil*. b) Legitimación. El fiduciario no precisa tener vecindad civil aragonesa[522]. Conforme al art. 439 CDFAragón, el causante puede nombrar a uno o varios fiduciarios, a quienes tenga por conveniente y no necesariamente al cónyuge como ocurrió bajo el régimen de la Compilación. (i) Caso de fiducia colectiva, ésta puede ser determinada por el causante o determinable[523] según ciertos criterios imperativos[524] (art. 459 CDFAragón). (ii) La ejecución de la fiducia colectiva se presume mancomunada (art. 457.1 CDFAragón). Caso de nombramiento solidario de varios fiduciarios[525] se entiende, a falta de claridad en la voluntad del causante, que cualquiera de ellos puede actuar eficazmente en solitario y la ordenación sucesoria decidida por el mismo será irrevocable. La designación de fiduciario puede ser directa o indirecta[526].

4.1.3. Sucesor. a) Capacidad. El sucesor debe ser capaz al tiempo de la ejecución de la fiducia o el de su extinción, que serán los respectivos momentos de la

[518] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 408. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, pp. 102. Aunque señala un rodeo de la prohibición: "No obstante, el legislador se inclinó por no admitir esta posibilidad por la esencia de dicha figura: la confianza que el causante tiene en determinada persona. En todo caso, lo que sí que puede hacer el comitente es constituir una fiducia colectiva a favor de los integrantes del Consejo de Administración de una persona jurídica. Así, al igual que antes se podía nombrar al párroco como fiduciario individual o integrante de una fiducia colectiva, nada impide que, al amparo del principio del *standum est chartae*, el comitente designe como integrantes de una fiducia colectiva a los que ostenten determinados cargos". Esta solución ya fue anticipada por CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 756.

[519] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 595.

[520] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 50 y 120.

[521] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 374.

[522] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 112 y 123. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 92.

[523] Criterios interpretativos en la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 13-02-2006, SAP de Huesca, sec. 1ª, de 25-11-2005 la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 29-09-2001 que esta última cita.

[524] SAP Huesca, de 25-01-2001: "Desde luego que, en abstracto, la intervención de parientes no llamados a cumplir con el personalísimo encargo que la fiducia representa debe dar lugar a la nulidad del otorgamiento, pero en el caso creemos que las dos fiduciarias sí que eran los parientes idóneos designados por los causantes".

[525] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 372. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 892. Esta última propugna sin citarla la solución del art. 1693 CC que es la expuesta arriba.

[526] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 105, cita formas indirectas como la recogida en la STSJ de Aragón de 24-05-2002 el que los cónyuges se concedían recíprocamente la facultad de que "el sobreviviente distribuya los bienes del premuerto". Añade dicho autor:"Además, tal y como se planteó en el Seminario aragonés, la designación se puede hacer tanto de forma indirecta («nombro sustituto vulgar o fideicomisario a quien instituya heredero la persona X -mi cónyuge-»), como tácita ("instituyo heredero de mis bienes y derechos a aquel de mis hijos que reciba mayor porción en la herencia de la persona X -mi cónyuge").

delación sucesoria (art. 448.1 CDFAragón)[527]. No obstante por aplicación del art. 325.1 CDFAragón podría plantearse si también pueden ser sucesores *nasciturus* concebidos por voluntad de fecundación asistida post mortem de personas vivas a dicho tiempo de la delación[528]. b) Legitimacion. Según PARRA LUCÁN[529], el causante puede dar las instrucciones que tenga por conveniente sobre la distribución de los bienes con el único límite del respeto a la legítima. A falta de dichas instrucciones, si el comitente se ha limitado a nombrar fiduciario y en el momento de ejecutar la fiducia existen descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante (art. 457 CDFAragón). Esto es, el fiduciario podrá distribuir los bienes hereditarios de manera igual o desigual, entre todos o varios descendientes, o bien atribuírselos a uno solo. Esta solución es similar al art. 33.2 LDCV

*4.2. Requisitos objetivos de la fiducia sucesoria de Aragón.*

4.2.1. El fiduciario goza de plenas facultades de ordenación y de ejecución sucesoria (art. 457.1 CDFAragón): a) Facultad de designación de herederos y legatarios. b) Facultad de establecer condiciones, sustituciones y gravámenes. c) Faculta de señalar y pagar legítimas. d) Facultad de distribución[530].

4.2.2. Límites a la actuación del fiduciario. a) El fiduciario no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento, salvo expresa autorización del comitente[531] (principio de subsidiariedad, art. 441 CDFAragón[532]). b) El estricto respeto a las instrucciones del comitente[533], en

[527] SAP de Zaragoza, sec. 2ª, de 12-07-2016: que para calificar la capacidad sucesoria se atenderá al tiempo de la delación. 2. En los casos b), c) y d) del artículo anterior se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el e) a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

[528] Anticipado por la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 01-07-2004 y la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005.

[529] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 607.

[530] SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012: "la capacidad de decisión del fiduciario alcanza a la ordenación de la sucesión del causante con la misma libertad con la que pudo hacerla este (art. 142 ley 1/99). Puede hacer la partición de la herencia (art. 53 Ley 1/99), instituir herederos, atribuir legados... siempre que ello no vaya en contra del contenido de la fiducia o de los límites que impone la ley (…) De ahí la amplitud de la capacidad decisoria del fiduciario, cuyo límite está en el contenido de las disposiciones sucesorias del causante-comitente (art. 126 ley 1/99)…". Para BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 905: "el fiduciario podrá instituir heredero, atribuir legados, imponer gravámenes, condiciones, mencionar a los legitimarios de grado preferente para evitar la preterición en la que incurrió el causante, realizar la partición de la herencia, nombrar albaceas… No están comprendidas entre las funciones del fiduciario, como señala Adolfo Calatayud Sierra, otras disposiciones de carácter familiar, que escapan en sentido estricto de lo que es la ordenación de la sucesión por causa de muerte, aunque se puedan contener en testamento, como el reconocimiento de nombramiento de tutor, junta de parientes, incluso nombramiento de fiduciario, ya que la facultad de nombrar fiduciario o la ejecución de su cargo, es personalísimo".

[531] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 194 y PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit. 589.

[532] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 379, deduce de ello tres consecuencias: (i) la interpretación de las facultades de la fiducia será restrictiva consecuencia de su consideración como un poder, por lo que han de constar por escrito las mismas; (ii) el fiduciario tendrá libre albedrío dentro de los límites marcados, pues una cosa es modificar disposiciones del causante (vetado por el art. 441 CDFAragón) y

general, y en particular, en cuanto a que ha de ser ordenada la sucesión a favor de los llamados ser beneficiarios por el causante (art. 457 CDFAragón). c) El respeto a las mismas normas imperativas que vinculan al causante, conforme al marco normativo de la sucesión, su ley personal en el momento de su fallecimiento, particularmente las legítimas (art. 464.2 CDFAragón[534]) y la viudedad[535]. Aunque la jurisprudencia admite que la propia fiducia constituye un gravamen sobre las legítimas que carece de un canon de racionalidad de límite temporal[536].

*4.3. Requisitos formales.* Conforme al art. 442 CDFAragón, la designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar

---

otra tomar decisiones sobre cuestiones no previstas por el comitente y sobre las que no ha tomado ninguna decisión. Y, finalmente, (iii) el fiduciario no puede ordenar la colación de liberalidades realizadas por el causante (es decir no puede hacer modificación directa o indirecta de las disposiciones del causante).

[533] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 177, cita como las instrucciones más frecuentes dirigidas por el comitente al fiduciario las relativas a: a) La administración y disposición de bienes, nombrando un administrador, ampliando o reduciendo sus facultades de administración o requisitos para disponer. b) Formalidades que se deben realizar (inventario público, qué bienes comprende, plazo para hacerlo, etc.). c) Plazo y forma de la ejecución. d) La elección entre un determinado grupo de personas para concretar entre quiénes debe realizarse la elección. e) La pérdida de la condición de fiduciario. f) Ordenar mantener la indivisión de la herencia o de alguno de los bienes de que la componen por un tiempo determinado.

[534] Siguiendo a SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Capítulo 46. La legítima en Aragón", en María-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. 1971-1978: "Los descendientes, de cualquier grado, del causante son los únicos legitimarios. No hay legítima de ascendientes, ni del cónyuge viudo, ni puede defenderse la aplicación supletoria del sistema legitimario del Código Civil a falta de descendientes (…) Como en otros Derechos, con la expresión legítima se alude, en primera instancia, a un quantum proporcional a la fortuna del causante (caudal computable a efectos del cálculo de la legítima) que, con imputación a la legítima, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquél denominadas legitimarios. La legítima es la porción del caudal computable (suma de donaciones y caudal relicto) que debe recaer o haber recaído en los legitimarios por estar legalmente reservada a ellos, pues en otro caso la Ley les dota de acciones para conseguirlo (…) El carácter colectivo de la legítima significa que, aunque no todos los legitimarios tienen la misma consideración legal, todos están legitimados para recibir la legítima y ninguno, salvo que sea el único, tiene derecho individual a parte alguna". Cfr. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. "23. La legítima", en Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1, pp. 624 y ss. La viudedad tiene un régimen específico aparte.

[535] Según BAYOD LÓPEZ, Carmen, en Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1, pp. 457: "La viudedad foral aragonesa podría definirse como el usufructo que corresponde al cónyuge supérstite sobre todos los bienes del cónyuge premuerto, así como sobre los bienes enajenados si sobre ellos subsiste el derecho expectante; configurándose, en consecuencia, la viudedad como universal (sobre todos los bienes muebles e inmuebles) del que primero fallezca, y sin perjuicio de los posibles pactos en orden a su reducción, exclusión o limitación (art. 272-1 y 2 CDFA)". Cfr. PARRA LUCÁN, María-Ángeles, en " "Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa", en María-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. 2243 y ss.

[536] La concesión de plazos dilatados al fiduciario para cumplir con su función implica una privación de facto de la legítima. Pero ello no debe dar lugar a una reducción o extinción de la fiducia a decir de la STSJ de Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005. Implícitamente también se deduce el mismo pensamiento de la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 01-07-2004. En Bizkaia se planteó la cuestión igual por la Doctrina del caso con idéntica solución jurisprudencial a la aragonesa, como se verá en el capítulo correspondiente.

necesariamente en testamento o escritura pública[537], y también su modificación según BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[538], so pena de nulidad y no vinculación al fiduciario como señalan MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, PARRA LUCÁN y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[539]. Se evitan en consecuencia las instrucciones secretas. Ello supone:

4.2.1. Que cabe usar formas no notariales de testamento para ordenar la fiducia sucesoria (art. 409 CDFAragón)[540].

4.2.2. Que las escrituras públicas a que refiere pueden ser de capitulaciones matrimoniales o de pactos sucesorios (art. 195, 200, 401, 442 y 443 CDFAragón) incluso con carácter recíproco[541].

4.2.3. También se puede formalizar en donaciones en escritura púbica.

4.2.4. E incluso por acto jurídico unilateral de escritura de "poder mortis causa", pues se admite como forma todo lo que la Ley del Notariado define como escritura pública[542].

**5. Efectos, pendiente la ejecución de la de la fiducia sucesoria de Aragón.**

Hasta la ejecución de la fiducia, sea por actos inter vivos o mortis causa (art. 456.2 CDFAragón)[543] o su extinción (art. 448.1 CDFAragón) la herencia está en

---

[537] Cfr. SAP de Teruel, de 09-02-2002 la designación de fiduciario deberá constar o hacerse mediante testamento o escritura pública y la ejecución de la fiducia o el cumplimiento del encargo deberán igualmente y necesariamente hacerse constar en la misma forma: escritura pública o en testamento.

[538] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 895.

[539] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 596. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit. 105 y 179: Igualmente se plantea quién podrá ser el legitimado para impugnar los actos del fiduciario que vayan contra las instrucciones del causante, así como la conveniencia de que las mismas determinen con suficiente claridad cuál sería la sanción para el caso de incumplimiento. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 381 y 386. Señala la ventaja de esta norma al evitar "la problemática que pudiera plantear con respecto a mandatos secretos, dejados en sobres lacrados, consejos privados, etc., pues aunque es indudable que éstos pueden afectar a la voluntad del ejecutor, no le vinculan en modo alguno e incluso puede actuar en contra de los mismos porque no tendrán ninguna validez legal". Y añade que "pueden ser normas dictadas antes de la elección del fiduciario o en un momento posterior a su nombramiento, pueden estar contenidas en testamento ológrafo, en dos testamentos que se complementan o en una o varias escrituras públicas".

[540] A favor LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 381; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 106; PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 596; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 896: MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp.126. Sólo ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 99, entiende que sólo valen formas notariales de testamento.

[541] Cfr. SAP de Huesca, de 20-04-1998.

[542] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 385. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit, pp. 896.

situación de yacencia[544] (art. 448.2), pendiente la asignación[545], por lo que dicho texto legal prevé su administración y representación[546].

*5.1. Pendencia de ejercicio de la fiducia y meras expectativas de los sucesores presuntos.* Hasta la ejecución o extinción de la fiducia sucesoria, los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión están en situación de mera expectativa, no tienen derecho alguno a suceder en la herencia, no son administradores en principio y se reducen sus acciones al derecho a pedir formar inventario (art. 450.4 CDFAragón); instar la de reducción judicial del plazo de la fiducia (art. 447 CDFAragón), también posible a instancia de cualquier interesado; y, el veto (y acciones de impugnación, caso de infracción) a actos de disposición de los administradores (art. 454 CDFAragón) en aras a la protección del caudal relicto[547]. Los presuntos sucesores gozan asimismo del derecho a percibir alimentos con cargo al caudal relicto (art. 451.1-a).

*5.2. Inventario.* El art. 450 CDFAragón incluye como preeminente obligación del administrador, no del fiduciario, cuya vulneración puede obstaculizar la ejecución de la fiducia[548], la de otorgar escritura pública del inventario de bienes y deudas del causante[549], aunque no de su avalúo. Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste quedará exonerado de la obligación de realizar el inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario. El plazo para formar dicho inventario es de seis meses desde el fallecimiento del causante pero prorrogable por justa causa a solicitud del administrador.

*5.3. Administración y representación.*

---

[543] Cfr. STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 10-06-2010.

[544] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 140, explica que la diferencia en la situación de yacencia entre las sucesiones en las que se ha nombrado fiduciario y las que no consiste en que en éstas hay unos herederos llamados que, en cambio, no existen en las que interviene fiduciario.

[545] SAP de Huesca, sec. 1ª, de 06-07-2010 usa la expresión pendencia. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 405, y PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 598, la denominan "herencia pendiente asignación/delación".

[546] Cfr. SAP de Huesca, sec. 1ª, de 03-04-2014.

[547] Plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 139, la posibilidad de que los sucesores presuntos acudan al Ministerio Fiscal reclamando que actúe exigiendo al administrador hereditario responsabilidades por daños. Para el Fuero de Ayala, Algún autor le concede a los sucesores presuntos una reducida *legitimación* activa para impugnar actos del usufructuario que menguasen su *difusa expectativa*. Así, ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 199. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. ed. 2016, obra cit., pp. 980.

[548] SAP de Teruel, sec. 1ª, de 10-06-2019 da a entender la consideración de defecto formal subsanable de la falta de realización del inventario antes de la ejecución parcial de la fiducia que ostentaba sobre la mitad indivisa de la herencia, por cuanto, expone, la ausencia de dicho inventario (art. 450 CDFA) imposibilitaba saber si se estaba excediendo o no de dicha mitad. Por el contrario, el AAP de Teruel, sec. 1ª, de 16-01-2019 encuentra justificada la solicitud de medidas cautelares de que se suspenda la ejecución de la fiducia hasta tanto no se efectúe inventario de los bienes de la herencia, privativos o consorciales (art. 450 CDFA), ya que, la adjudicación de unos u otros bienes, a riesgo de ser de irrevocable, podría producir perjuicios de difícil o incluso imposible reparación.

[549] Lo que para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit, pp. 413, excluye inventarios privados, actas de protocolizaciones o inventarios judiciales, en aras a mayor publicidad y preparación del documento.

5.3.1. Sujetos. El art. 449 CDFAragón establece el siguiente orden de prelación de los sujetos llamados a la administración de la herencia pendiente el ejercicio de la fiducia sucesoria aragonesa[550]: a) viudo fiduciario; b) fiduciario individual y c) en la fiducia colectiva sus integrantes, sólo si el causante no nombró un administrador (albacea, art. 484 y 485 CDFAragón). Es decir el causante puede nombrar un administrador que no sea el viudo sólo para el caso de fiducia colectiva[551]. Por tanto, la administración no es un facultad personalísima inherente al fiduciario[552] como tampoco la potestad de disposición a título oneroso sobre los bienes hereditarios[553], razón por la que puede conferirse a personas jurídicas y profesionalizarse[554]. En la fiducia colectiva los administradores actúan por mayorías. Se precisa la unanimidad de los fiduciarios (no enajenan los administradores sino aquéllos) para actos de disposición a título oneroso (art. 453.1 CDFAragón), así como el consentimiento del cónyuge usufructuario en cuanto se extinga el derecho del mismo sobre el bien en concreto (art. 301.2.a CDFAragón).

5.3.2. Objeto. Los art. 451 y 452 CDFAragón detallan las facultades de administración, obligaciones y cargas de un modo muy similar a los art. 37 y 43 LDCV[555], *ad exemplum* a decir de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[556]. También

[550] Para MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, "La Fiducia Sucesoria Aragonesa", obra cit., pp. 163, el art. 134 LSuc (art. 449.1.1º CDFAragón) sienta que el viudo será administrador, ora porque tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, ora sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad. De la misma opinión es PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "*Manual de Derecho civil aragonés*", obra cit., pp. 599 quien explica el sentido de la norma: "al cónyuge viudo le corresponde la administración de la comunidad legal hasta la partición con adjudicación de bienes, conforme al art. 253 CDFA. Producida la liquidación, o no siendo el régimen económico el de comunidad legal, el viudo tendrá solo la administración de los bienes afectos al derecho de viudedad (arts. 283 y ss. CDFA). De esta manera, la fiducia a favor de persona distinta del cónyuge viudo no supone una limitación de sus facultades. Precisamente, pensando en la posibilidad de que el causante no haya nombrado fiduciario a su cónyuge, y tratando de posibilitar que el nombrado pueda entrar cuanto antes en la administración de los bienes, se legitima al fiduciario para solicitar la liquidación de la disuelta sociedad conyugal (art. 455; también art. 258). Si el cónyuge no quiere liquidar, nadie podría obligarle, pues los herederos del causante están indeterminados mientras no se ejercite la fiducia. De esta forma, al legitimar al fiduciario se facilita el ejercicio de la fiducia, pues con la liquidación se concretarán los bienes sobre los que recae. En particular, en los supuestos de viudedad limitada (cfr. arts. 272, 274, 275, 277 y 283.3) la liquidación de la comunidad conyugal". Antes del CDFAragón, mientras MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis (*La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 171) y ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo (*La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 205), entienden prevalente la voluntad del causante, *standum est chartae*, por lo que debe administrar el nombrado por el causante, incluso sobre el usufructo viudal; para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 407 el derecho vidual es derecho imperativo que debe prevalecer.

[551] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 145 explica el porqué: "las facultades de administración que sobre todos o parte de los bienes que integran el patrimonio relicto se conceden en el ordenamiento aragonés al cónyuge sobreviviente, no pueden sufrir alteración por la existencia de la fiducia".

[552] STSJ de Aragón de 10-03-2006, SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 29-04-2011.

[553] Cfr. SAP de Huesca, sec. 1ª, de 06-04-2017.

[554] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 408; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 102.

[555] Art. 451 CDFAragon: "Se pagarán con cargo al caudal relicto: a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas. b) Las cargas y deudas de la herencia. c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.

incluye la representación, extrajudicial y judicial (art. 452.2 CDFAragón y art. 6.1.4º y 7.5. LEC), sin duda en cuanto al patrimonio del causante (cfr. art. 324 CDFAragón). Pero añade BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[557] que el ejercicio de las acciones personales del *de cuius*, ante el silencio del CDFAragón, siendo los herederos los únicos competentes, habrá de esperar a la ejecución de la fiducia para que éstos estén determinados y consecuentemente legitimados.

*5.4. Actos de disposición.*

5.4.1. Sujetos. Curiosamente, el art. 453.1 CDFAragón otorga las facultades de disposición a título oneroso sobre los bienes hereditarios, en todo caso al fiduciario no al administrador, a quien sólo ha de informarse de la operación efectuada (art. 453.3 CDFAragón)[558]. La enajenación a título oneroso de bienes hereditarios por los fiduciarios colectivos requiere de su unanimidad.

5.4.2. Objeto. Es posible que el fiduciario otorgue actos de disposición a título oneroso[559] sobre los bienes hereditarios sin necesidad de ejecución parcial de la fiducia. El fiduciario podrá disponer de los bienes hereditarios, ora para pagar deudas y cargas de la herencia[560], ora por mera conveniencia[561]. Es decir, como señala BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[562] el juicio de oportunidad sólo compete al propio fiduciario. Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u

---

Artículo 452. Contenido de la administración y representación.
1. El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.
2. En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.

[556] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 415.

[557] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 901.

[558] Según BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 901 la razón es que en estos casos estamos más próximos del ejercicio de la fiducia que de la facultad de mera administración.

[559] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 425. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 902. Específicamente, la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 10-03-2006 y, por analogía la SAP de Huesca, sec. 1ª, de 06-04-2017. En contra, ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 213 para quien dado que el art. 453 CDFAragón no exige disposición a título oneroso, a diferencia del derogado art. 138 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, por lo que el fiduciario puede hacer obras de caridad, y donaciones, que si no son a favor de legitimarios, no se consideran ejecución de la fiducia.

[560] Cita PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 602, la STSJ de Aragón de 10-03-2006 que determina que el acto de disposición debe dirigirse a satisfacer obligaciones exigibles con cargo al caudal relicto.

[561] Según MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 166, el objeto de esta facultad es evitar la práctica hasta la Ley de sucesiones de Aragón de 1999 de una prematura ejecución de la fiducia, normalmente parcial, con asignación a algún descendiente, para a continuación llevar a cabo la disposición; sistema insatisfactorio, que encarecía los costes y obligaba a una ejecución de la fiducia que podía ser que no interesase.

[562] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 902.

objetos preciosos (art. 454 CDFAragón) será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar. Pero siendo todos los legitimarios menores o incapaces, se requerirá de la autorización de la Junta de Parientes o del Juez competente, sin que, según PARRA LUCÁN[563], el comitente pueda dispensar de la misma. Además entiende LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[564] que hay una prelación para prestar la autorización, de modo que los descendientes más próximos en grado excluyen a los más remotos.

*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* El art. 457.3 CDFAragón permite al fiduciario viudo, la ejecución de la fiducia, esto es, asignar bienes a los sucesores del causante, sin necesidad de la previa liquidación de la sociedad conyugal[565]. Fuera de estos supuestos será precisa la liquidación de la sociedad conyugal previa a la ejecución de la fiducia por los medios que el art. 259 CDFAragón prevé:

5.5.1. El fiduciario o contador partidor de la herencia del premuerto y el cónyuge viudo que no ejerza dichos cargos, pueden practicar la liquidación y división de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes (sic). Suponemos que quiere decir presuntos sucesores.

5.5.2. El cónyuge viudo que sea fiduciario del premuerto, para realizar la liquidación y división, necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez.

5.5.3. El art. 457.3 CDFAragón se remite al art. 259 del mismo texto legal, cuyo apartado 3 afirma que las autorizaciones que acabamos de ver no serán necesarias cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio[566]. Entiendo que procede ajustar el sentido de la remisión de modo que el fiduciario viudo podrá adjudicar en prondiviso a sí mismo y a la *herencia yacente* pendiente el ejercicio de la fiducia todos y cada uno de los bienes de la sociedad conyugal, tal y como establece el similar art. 142.1 LDCV.

---

[563] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 603 y añade que los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia. Al revés, se plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 166, si el causante puede prohibir toda enajenación con carácter absoluto. Y concluye que, debemos inclinarnos por la solución negativa, puesto que quedaría a salvo de dicha prohibición la enajenación que tenga por objeto el pago de deudas. Cabría restringir no obstante las facultades del fiduciario.

[564] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit, pp. 422.

[565] Antecedentes: SAP de Huesca, de 17-03-1999: "debe indicarse que el cónyuge fiduciario, para la ejecución de la fiducia no precisaba liquidar previamente la sociedad conyugal, tal y como lo declaró el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Auto de 3 de octubre de 1989". También SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012.

[566] El ATSJ de Aragón de 03-01-2001 que entendió que la liquidación de la sociedad conyugal es en realidad un acto de disposición, pues donde antes había cotitularidad ahora habrá una titularidad única y que en razón de ello, y habiendo menores de 14 años, y legitimarios del causante, no puede la viuda-fiduciaria junto al contador-partidor designado por el causante efectuar dichas operaciones sin que medien las cautelas del art. 139 Ley de Sucesiones (art. 454 CDFA), al haber contraposición de intereses entre la madre (fiduciaria) y los legitimarios. Pero esta también es la opinión de MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 132.

## 6. Ordenación de la sucesión por el fiduciario en Aragón.

### *6.1. Requisitos.*

6.1.1. Requisitos subjetivos. La ejecución de la fiducia no está sujeta a ningún canon intrínseco de justificación, acto debido, arbitrio o equidad más allá de las instrucciones del causante y las normas legitimarias[567]. Pero requiere de la debida capacidad del fiduciario cuando otorgue el acto de ordenación sucesoria[568]. Conforme al art. 460.1 CDFAragón, a falta de instrucciones del causante, los acuerdos sobre ejecución total o parcial de la fiducia colectiva[569] se tomarán por mayoría de los fiduciarios en acto al que habrán de ser convocados todos ellos[570]. Al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios. No obstante, bastará con que concurra la mayoría (no la opción más votada[571]) de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios.

6.1.2. Requisitos objetivos. La ordenación de la sucesión del causante que haga el fiduciario puede ejercerse en uno o varios actos a menos que el causante dispusiere otra cosa (art. 457.2 CDFAragón)[572]. Hay una especialidad de la ordenación de la sucesión en "La Casa" (art. 461 CDFAragón)[573].

6.1.3. Requisitos formales. Conforme al art. 456 CDFAragón la *asignación* de bienes en uso de la fiducia será en escritura pública, *ad solemnitatem*[574], so pena de nulidad[575], siempre por actos entre vivos, inclusive donaciones y se discute si cabe

---

[567] Cita MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 93, la SAT de Zaragoza de 19-04-1963 que "concedida la fiducia al cónyuge sobreviviente para que la utilice del modo que tenga por conveniente, tan amplísima fórmula permite que el fiduciario utilice total o parcialmente, o no utilice, dicha facultad, pudiendo por tanto, porque era titular de la misma, limitar el ámbito de su acción condicionando su ejercicio".

[568] STSJ Aragón (Civil y Penal), de 29-09-2001 sobre nulidad en la ejecución de la fiducia vicios del consentimiento o régimen de mayorías en la ejecución de la fiducia.

[569] Que no se constituye como una Junta de Parientes, cfr. AAP de Huesca de 25-11-1998.

[570] Criterios interpretativos en la SAP de Huesca, sec. 1ª, de 24-05-2005. Explica LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 446 que el origen de la distinción entre convocatoria para deliberar y convocatoria para escriturar es una SAT de Zaragoza de 07-12-1967 en que la falta de asistencia del discrepante a esta última anuló la ejecución de la fiducia. Esta sentencia fue confirmada por la STS de 20-03-1969.

[571] SAP de Huesca, sec. 1ª, de 24-05-2005.

[572] SAP de Huesca, de 17-03-1999.

[573] Cfr. STSJ de Aragón de 13-06-1995.

[574] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 605, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 896 y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit,. pp. 184.

[575] STSJ Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002 "En efecto, el art. 111.1 de la Compilación establece que los actos del fiduciario en cumplimiento de su encargo "deben constar en testamento o escritura pública", y ello bajo pena de nulidad, pues la exigencia contenida en dicho precepto tiene valor "ad solemnitatem", requisito de forma que responde al propósito de dar constancia segura al ejercicio de la fiducia y de hacer más difícil tanto el obrar irreflexivo como la captación de la voluntad del fiduciario". En el mismo sentido la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 10-03-2006. SAP de Teruel, sec. 1ª, de 01-06-2018 y SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 07-10-2005. SAP de Huesca, sec. 1ª, de 21-09-2005 "el documento privado es, por sí mismo, absolutamente ineficaz para ordenar la sucesión de los causantes" y SAP de Teruel, de 09-02-2002.

mediante pactos sucesorios[576]. Además, el cónyuge fiduciario[577], podrá cumplir su encomienda en su propio testamento (art. 463.1 CDFAragón), salvo disposición contraria del causante o que la fiducia esté sujeta a plazo[578]. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[579] no entiende necesaria la invocación de la *contemplatio domine* en el instrumento que el fiduciario otorgue ordenando la sucesión, por el argumento de que otras legislaciones así lo exigen y el CDFAragón, no.

*6.2. Efectos de la ejecución.* El fundamental es la delación sucesoria en ese momento a favor de los beneficiarios, ex art. 448.1 CDFAragón[580] a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento[581]. El testamento en ejecución de fiducia es revocable, razón por la que la ejecución de la fiducia a través de este instrumento no impide, "la eficacia de los actos de disposición realizados por el viudo fiduciario con posterioridad" (art. 458.3 CDFAragón). Por el contrario, los actos entre vivos son esencialmente irrevocables (art. 458.1 CDFAragón) lo que ha llevado a la jurisprudencia[582], en contra de la opinión de MERINO HERNÁNDEZ[583], a rechazar que las donaciones en ejercicio de la fiducia estén sujetas a revocación. Este problema de la revocabilidad o no de dichas donaciones en ejecución de fiducia que no se da para los autores que opinan que el que adquiere por asignación del fiduciario no lo hace propiamente por donación sino "mortis causa"[584]. Por la misma razón LATORRE

[576] SAP de Teruel, de 09-02-2002 "Consiguientemente, si la fiducia puede ejecutarse en testamento o por escritura pública y aun en Aragón se reconoce a los ciudadanos, con dicha vecindad civil, el deferir la sucesión por testamento, por pacto o por disposición de Ley (art. 89 de la Compilación), realizada la asignación parcial". También a favor MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 185: "para solucionar el problema el rt. 141 Lsuc. emplea expresamente el término acto" Ahora es el art. 377 CDFA. En contra BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 904, para quien no cabe que el fiduciario ejecute la fiducia en pacto sucesorio porque no cabe pactar sobre la herencia de otro (art. 377 CDFA).

[577] Cfr. SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012.

[578] Indica BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 903, que cualquier clase de testamento es válido: unipersonal o mancomunado y en cualquiera de las formas: abierto, cerrado u ológrafo, pero añade en la pp. 906 que el adverbio «siempre» que utiliza el art. 458.3 CDFA supone que las cláusulas que contienen la distribución de la herencia sujeta a fiducia nunca pueden ser correspectiva. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 186 también admite todo tipo de testamento para la ejecución de la fiducia por el cónyuge fiduciario.

[579] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 187.

[580] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 205: "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".

[581] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 208: "En el orden sustantivo, el hecho de que en la fiducia el momento de la delación sea el de la ejecución, hace que el juego de la retroacción de los efectos de la aceptación de la herencia no pueda aplicarse. Como regla general, el art. 28 Lsuc. establece que los efectos de la aceptación de la herencia se retrotraen al momento del fallecimiento del causante. Sin embargo, en la sucesión ordenada por el fiduciario, no puede retrotraerse a dicho momento, porque en ese instante no existe vocación sucesoria y hay que retrotraerlos al momento de la ejecución de la fiducia". Otra cosa es la subrogación "ope legis" del heredero en el lugar del causante (art. 322.1 CDFA).

[582] SAP de Zaragoza, sec. 2ª, de 16-11-2004.

[583] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 146.

[584] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit, pp. 435. También PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "*Manual de Derecho civil aragonés*", obra cit., pp. 605: "Para su validez, la disposición del fiduciario no precisa en cambio la aceptación de los beneficiarios. Es válida como acto unilateral, sin perjuicio de que sea precisa

MARTÍNEZ DE BAROJA[585] advierte del peligro para la irrevocabilidad en el caso de la fiducia ejecutada en pacto sucesorio, pues está sujeta al mutuo disenso y causas de revocación y de resolución.

*6.3. Ineficacia de la ejecución y "repesca".* Conforme al art. 458.2 CDFAragón, pese a su irrevocabilidad, podrá reiterarse el llamamiento si resulta ineficaz la atribución porque los beneficiarios llamados no quieran o no puedan aceptarla, o porque sea declarada nula[586]. La validez debe demandarse en el juicio declarativo correspondiente[587].

**7. Extinción de la fiducia sucesoria de Aragón.**

El CDFAragón es la única norma del derecho civil interregional español que distingue entre la mera pérdida de la condición de fiduciario (art. 462) y la extinción de la fiducia (art. 463).

*7.1. Pérdida de la condición de fiduciario (art .462 CDFAragón).*

7.1.1. Por las causas establecidas por el causante.

7.1.2. Por expirar el plazo establecido para su ejecución[588]. Conforme a los art. 444 y 445 CDFAragón a) plazo será el libremente señalado por el comitente, con las excepciones que siguen. b) El término se entenderá vitalicio para el cónyuge fiduciario y, c) en otro caso, de tres años desde el fallecimiento del causante o, si es posterior, la mayoría de edad del último legitimario. d) El término es de tres años en las fiducias sucesivas, desde que legalmente sea posible su ejecución; y e) en los casos en que el llamamiento deba reiterarse y haya caducado el plazo, el fiduciario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años. No obstante, f) el art. 447 CDFAragón prevé la posibilidad de reducción judicial del plazo a instancia de cualquier interesado, salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo y, g) el art. 446 CDFAragón que el fiduciario solicite judicialmente su prórroga, mediando justa causa, hasta un máximo de dos años. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[589] opta en estos casos por una interpretación

---

la aceptación del beneficiario para la adquisición de la herencia. Nada impide, sin embargo, que también pueda ejercerse a través de pacto sucesorio". De la misma opinión es MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, "La Fiducia Sucesoria Aragonesa", obra cit, pp. 183. En Derecho civil vasco militan en el mismo sentido la mayoría de la Doctrina, como veremos en el epígrafe correspondiente. En el Derecho de Mallorca y Menorca, el art. 23 CDCBaleares así lo establece y de la misma manera lo entiende la doctrina balear.

[585] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 437.

[586] Cfr. STSJ Aragón (Civil y Penal), de 29-09-2001. El precepto tiene su origen en una STSJ de Aragón (Civil y Penal) de 29-09-1992 trascrita por MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 196: "la hipotética nulidad de la designación de heredero por los fiduciarios no abre la sucesión intestada sino que origina la continuación de la situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplan el encargo en la forma adecuada".

[587] AAP de Huesca, sec. 1ª, de 04-05-1998 "es incluso más oportuno que la validez de la ejecución fiduciaria se ventile en el procedimiento declarativo correspondiente".

[588] Cfr. acerca de las D.Tª. sobre el plazo de La Ley 11/999 de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, la SAP de Huesca, sec. 1ª, de 25-04-2006 y SAP de Huesca, sec. 1ª, de 20-10-2008.

[589] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 395.

restrictiva, porque no debe tenderse a pensar en que el testador fijó el plazo *rebus sic stantibus*.

Hay una caducidad automática del cargo por el vencimiento del plazo[590] y lo hecho después por el fiduciario es nulo, como se deduce del art. 461.2 CDFAragón[591].

7.1.3. Cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente[592].

7.1.4. Por renuncia del fiduciario. No se establece una lista de excusas para renunciar al cargo, ni tampoco la pérdida de los beneficios que, en su caso, pudieran corresponderle en la herencia[593]. Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cualquier persona con interés legítimo[594] no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación. MERINO y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[595] entienden necesaria la aceptación formal en escritura pública y éste último, además, la necesidad de notificación de la aceptación al requirente. Se pronuncian en contra PARRA LUCÁN, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[596]. Argumenta la primera autora citada que el precepto presupone que se ha adquirido automáticamente la cualidad de fiduciario sin necesidad de aceptación, solución adoptada por la LDCV, según mi parecer. En opinión de los segundos, para entender tácitamente aceptado el cargo bastará el ejercicio de la actividad fiduciaria.

7.1.5. Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa[597].

---

[590] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 392; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 898 y SAP de Huesca, sec. 1ª, de 16-06-2008.

[591] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 390.

[592] Nos remitimos a la parte de esta tesis relativa a la regulación de la Ley de Derecho civil vasco para ver qué ha de entenderse hoy en día por "incapacitado" como supuesto de extinción de la sucesión delegada.

[593] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 597, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 104.

[594] Están legitimados al efecto para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 453 y PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. pp 598, los interesados en la sucesión y los acreedores del causante.

[595] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 135. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 454.

[596] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 598. Añade a continuación que "la buena fe impondrá en muchos casos la necesidad del requerimiento a que se refiere el precepto antes de dirigirse contra el nombrado fiduciario como representante de la herencia (arts. 449 y ss.)". BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 893. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 118.

[597] Esta causa basada en la pérdida de la confianza, base de la fiducia conforme a la STSJ Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002 y SAP de Teruel, de 09-02-2002. Cfr. SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 04-10-2004: "está acreditado que la demandada mantiene una relación de amistad con un hombre, sin embargo, ello no

7.1.6. Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder[598]. Contrariamente a lo que sucedía con el art. 86.5 de la Compilación de Aragón[599], la negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes a la administración de los bienes pendientes de asignación ya no produce la extinción del cargo de fiduciario[600].

7.1.7. Conforme al art. 440.2 CDFAragón salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación (y también la notarial y ante el Letrado de la Administración de Justicia ex art. 84 CC según redacción dada por la Ley 15/2015 de 15 de julio) o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin. Se plantea LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[601] varias dudas. a) Si la mera interposición de la demanda de nulidad, separación y divorcio produce la revocación del poder, lo que así le parece. b) Si la reconciliación posterior reactiva la fiducia y concluyen LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[602] que no, sin perjuicio de un nuevo nombramiento. c) Si la separación de hecho es causa de extinción de la fiducia y concluye LATORRE MARTÍNEZ DE

---

puede conllevar la extinción del usufructo viudal y la fiducia constituidas a su favor al ser preciso para ello una convivencia marital estable".

[598] Causa basada en la pérdida de la confianza, base de la fiducia conforme a la STSJ Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002 y SAP de Teruel, de 09-02-2002. Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 457, es porque el fiduciario es un "alter ego" del causante, razón que comparto y asienta más la teoría de la fiducia como representación "post mortem" del causante.

[599] Cfr. STSJ Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002.

[600] Se excluye el abuso de la cosa usufructuada, así, la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 04-10-2004 tampoco procede declarar la extinción pretendida en base al incumplimiento por la demandada, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad por no incluir en la escritura de manifestación de la herencia, entre los bienes inventariados, el dinero, ya que ello fue conocido y consentido por la actora. La SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001 afirma la no aplicación analógica causas de extinción del albaceazgo o mandato Sobre que no cabe de la remoción del cargo por incumplimiento de sus deberes, por analogía con el albaceazgo. Igualmente MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 136, fundándose en evitar la sucesión intestada del causante y que debe prevalecer la confianza que éste ha depositado en el fiduciario. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza nº 14, de 14-01-1994: Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse analógicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.

[601] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 376. Este autor entiende que la fiducia se equipara a un poder testamentario, el art. 102.2 CC determinaría la ineficacia de los consentimientos y poderes dados entre los cónyuges por la mera presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Por eso el primer autor citado requería una aclaración legislativa que no tuvo lugar pese a que en la Comisión redactora de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999 intervinieran a favor de esta tesis Delgado Echeverría, Batalla Carilla. Añado yo que el art. 407.1 CDFA al no dar carácter de representante del causante o comitente al fiduciario refuerza la no aplicación del art. 102.2 CC. Igualmente art. 276 CDFA) prevé la pérdida del usufructo universal por separación de hecho, pero no para la extinción de la fiducia.

[602] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 376. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 95. Añade a su favor al citado LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Merino LACRUZ BERDEJO y Sancho Rebullida. Destaca MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO la opinión contraria, que asume, de CALATAYUD SIERRA, en el supuesto de separación argumenta que la circunstancia ha de darse a la muerte del comitente, luego la fiducia estará activa si entre la separación y la muerte del causante hay reconciliación.

BAROJA[603] que no lo es pues no pierde el usufructo universal (art. 276 CDFAragón). MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[604] entiende que tampoco por la "coletilla final" del art. 404 CDFAragón "o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin". Y d) según BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO [605], la pareja estable no casada no está equiparada al cónyuge, de modo que se la considera igual que a cualquier otra persona y no se le aplicará las reglas previstas para los cónyuges en el CDFAragón y en concreto la norma de la extinción del "vínculo".

*7.2. Extinción de la fiducia (art. 463 CDFAragón).*

7.2.1. En la fiducia individual, la pérdida de la condición de fiduciario producirá la extinción de la misma, salvo que proceda el llamamiento de otro fiduciario en los casos de fiducia sucesiva. En todo caso, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario, salvo los de disposición que el cónyuge viudo fiduciario hubiere efectuado en su testamento en los casos de las letras e) y f) del art. 462 CDFAragón[606]. Cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos, una vez agotada la posibilidad de designación por el orden de prelación del art. 459.2 CDFAragón[607], no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes, aunque solo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa.

7.2.2. Por revocación (art. 443.1 CDFAragón). Se exige que se haga en testamento o escritura pública aunque no es precisa la correspondencia entre el instrumento elegido para instituir y para revocar según LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[608]. La revocación unilateral por un otorgante del testamento mancomunado precisa su notificación al otro otorgante, en general. Sin embargo, la falta de notificación de la revocación del nombramiento no

[603] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 453 y SJ Primera Instancia de Zaragoza nº 14, de 14-01-1994: Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse analógicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.
[604] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 102.
[605] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 907. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 108.
[606] "e) Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa. f) Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder".
[607] "2. Establecida la fiducia a favor de parientes, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, se entenderán llamados, hasta un número de tres, los que tengan capacidad para ser fiduciarios, con el siguiente orden de prelación: 1.º Ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea. 2.º Hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor. 3.º Los colaterales que dentro del cuarto grado nombre el Juez, oído el Ministerio Fiscal".
[608] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 388. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 896

correspectivo de fiduciario[609] no enerva dicha revocación[610]. Hay revocación tácita por el nombramiento de un nuevo fiduciario (art. 443.2 CDFAragón).

7.2.3. Cuando el cumplimiento de la fiducia deviene imposible. Describe BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[611] que suele ser corriente la instrucción del causante al fiduciario de que éste haga las atribuciones sucesorias entre los descendientes del causante. Caso que todos éstos fallezcan antes de la ejecución de la fiducia, dicha imposibilidad sobrevenida de cumplimiento no afecta a la validez del nombramiento del fiduciario, mas será causa de extinción de la fiducia, pese al silencio del CDFAragón, por hallarse en el "espíritu" de los art. 462 y 463 de dicho texto legal. En este caso la delación se dará en el momento de fallecimiento del último descendiente (STSJ de Aragón, Sala civil y penal, de 31-05-2012).

7.2.4. Por consumación o cumplimiento total del encargo. Así lo entiende MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[612].

*7.3. Efectos de la extinción.*

7.3.1. Caso de pérdida de la condición de un fiduciario colectivo se abrirán los mecanismos de suplencia, con los nuevos plazos de ejecución antes vistos.

7.3.2. Si pierde la condición el único fiduciario, sin suplentes, o se extingue la fiducia, en opinión de BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA[613], se recurrirá en primer lugar al testamento preventivo y en su defecto se abrirá la sucesión intestada. Sobre validez y uso del testamento preventivo, la SAP de Teruel, sec. 1ª, de 14-12-2016 y la SAP de Zaragoza, sec. 2ª, de 07-11-2019.

---

[609] La correspectividad es un sucedáneo de la conmutatividad, un recíproco condicionamiento de disposiciones sucesorias como lo demuestra el art. 420 CDFA: "1. Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume. 2. La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter".

[610] STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 22-12-2017 que confirma la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 13-06-2017. En dicho caso la fiducia no tenía contenido correspectiva, luego las resoluciones citadas no se pronuncian sobre si es revocable la fiducia sucesoria correspectiva. PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 597, afirma que "a la revocación de la fiducia no le es aplicable lo dispuesto en el art. 421.4 (que exige la revocación en testamento abierto ante notario). Además, debe excluirse la posibilidad de atribuir a la designación de fiduciario el carácter de disposiciones correspectiva, dado que no tienen en sentido estricto contenido patrimonial (art. 420). En consecuencia, tampoco será de aplicación lo dispuesto en el art. 421.3 (limitación de la revocación a las causas de revocación del pacto sucesorio), siendo posible la revocación sin alegación de causa alguna". Otra cosa será, digo yo, que si hay alguna disposición correspectiva a la fiducia aquélla pierda su eficacia.

[611] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 899.

[612] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 204.

[613] BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 893.

No obstante, añade PARRA LUCÁN[614] que, al ser posible la ejecución parcial de la fiducia (art. 457.2 CDFAragón), su art. 463.1 deja a salvo la eficacia los actos de ejecución ya realizados, con la excepción de los efectuados por el viudo en su testamento en los casos del art. 462, ap. e) y f)[615], pues parece razonable que no se mantengan los actos que no desplegarían su eficacia hasta la muerte de quien los ha otorgado pero ha perdido la condición de fiduciario por razones relacionadas con la confianza.

[614] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 611.

[615] "e) Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa. f) Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder".

## II. EL USUFRUCTO PODEROSO EN EL VALLE DE AYALA.

### 1. Concepto de usufructo poderoso.

Conforme al art. 91.2 LDCV "Se entiende por usufructo poderoso el que concede al usufructuario la facultad de disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa, 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".

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO [616] entendió que "esencialmente, consiste en un usufructo vitalicio al que se ha añadido la facultad de determinar los nudo-propietarios entre un determinado grupo de personas", definición básicamente correcta para la doctrina de ayer[617] y también para la actual[618]. No obstante la diferencia más notable entre la redacción en vigor (art. 91.4 LDCV) y la anterior (art. 140 Ley 3/1992) consiste en que hoy en día concesión de la facultad de delegar la sucesión lleva aparejada el usufructo universal sobre los bienes del causante, o sea, una presunción *iuris tantum* de que la concesión del poder testatorio en Álava concede el usufructo al delegado para testar[619].

De modo más preciso define GIL RODRÍGUEZ[620] el *usufructo poderoso* como "la atribución del derecho de usufructo (en su caso, ampliado, restringido o concretado por el causante: articulo 91.3 LDCV) fundido con la facultad de disponer, naturalmente, a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes, en favor de las personas designadas por el *de cuius*, y, faltando dicha nominación, entre su descendencia".

### 2. Naturaleza jurídica del usufructo poderoso.

MERINO HERNÁNDEZ[621] entendió que la esencia del usufructo poderoso no es tanto la delegación de la ordenación sucesoria como el propio usufructo que se

---

[616] RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, "El Fuero de Ayala", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 204.

[617] RUEDA DIAZ DE RABAGO, Manuel, "El Fuero de Ayala", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 203. DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, *El Fuero de Ayala. Su regulación en la Ley de Derecho Civil del País Vasco*, Zárate y asociados consultores, S.L., Vitoria-Gasteiz, 1996, pp. 22. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 579, DE URIARTE Y LEBARIO, Luis-María. *El Fuero de Ayala*. Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1974. ISBN 500-6434-8, pp. 90 y 91.

[618] 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. 743. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 967. 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. 356.

[619] 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. 359. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 417. 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. 747.

[620] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 968.

[621] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 87.

concede, por antonomasia, al cónyuge viudo del causante, de modo que viene a ser una figura similar a un heredero distribuidor mallorquín (art. 18 CDCBaleares).

Discrepa de tal posición DE URIARTE ZULUETA[622], quien, pese a reseñar que lo esencial es el usufructo, aclara que el mismo se mezcla con un poder testatorio. Explica este autor que, aunque la memoria del proyecto de proposición de Ley de Álava (que daría lugar a la Ley 3/1992) insiste en que no se trata de un poder testatorio, sino de un mera facultad de disposición concedida al usufructuario, sí es en su opinión un poder testatorio, tanto porque la tesis de la Memoria supone otorgar un derecho subjetivo difícilmente compatible con la libertad de testar del Fuero de Ayala, como sobre todo las contradicciones en que incurre con el texto definitivo de la Proposición de Ley aprobada por las Juntas Generales de Álava. En suma, los dos contenidos de usufructo y delegación sucesoria son separables y el primero tiene una relación de servicio del segundo, tal y como como expresaba el art. 141 Ley 3/1992 en opinión de ANGOITIA GOROSTIAGA[623], para quien 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 la mejor conservación, mantenimiento, uso, actualización y fortalecimiento del patrimonio en tránsito hacia el sucesor.

Una cuestión no meramente nominativa, como veremos a la hora de ver qué instrumentos han de usarse para la ejecución de la ordenación sucesoria por el usufructuario poderoso es la de si el *usufructo poderoso* un verdadero poder para testar[624] o una mera "fiducia sucesoria"[625]. En mi opinión es un poder para testar, tanto por su propia denominación, pues *poderoso*, viene de poder, como por la remisión directa al régimen del poder testatorio (art. 30 y ss. LDCV) que efectúa el art. 91.4 del mismo texto legal ("Cuando se concede un poder testatorio se entiende otorgado el usufructo poderoso, salvo disposición expresa en contrario"). Por tanto se le aplica supletoriamente la normativa de la sucesión por comisario aunque integrándose con la tradición ayalesa[626]. Y también cabe conforme el otorgamiento de poder sucesorio por

[622] DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, "El Fuero de Ayala", en *Derecho Civil Foral Vasco*, CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 239 y 240. En parecido pero menos claro sentido GARCÍA ROYO, Luis, *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, Tomo III, obra cit., pp. 151.

[623] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. "El usufructo poderoso del Valle de Ayala", Diputación Foral de Álava, 1999, pp. 214-215.

[624] DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, *El Fuero de Ayala. Su regulación en la Ley de Derecho Civil del País Vasco*, obra cit., pp. 22. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit, pp. 579, DE URIARTE Y LEBARIO, Luis-María, *El Fuero de Ayala*, obra cit., pp. 90 y 91 y GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)", en Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 130. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, *El Fuero de Ayala*, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 203 es más esquivo en clasificarlo como poder. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 336.

[625] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 139. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2

[626] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 418. GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "Sección cuarta. De la

los vecinos de Ayala sin necesidad de sujetarse a las normas del usufructo poderoso si así se establece expresamente (art. 89.1 y 91.4 LDCV).

### 3. Diferencias y similitudes del usufructo poderoso con el poder testatorio.

El *usufructo poderoso* ayalés es ciertamente semejante al *poder testatorio* vasco. Lo fue con la Ley 3/1992 y lo es más ahora, fruto de una evolución convergente de ambas instituciones.

*3.1. Puntos de semejanza del usufructo poderoso con el poder testatorio.* DE URIARTE Y LEBARIO y CELAYA IBARRA[627] señalaron como sus tradicionales puntos de parecido los siguientes: a) Posibilidad de ordenar la sucesión del comitente por actos *inter vivos* o *mortis causa*. b) Otorgamiento generalmente recíproco entre los cónyuges para que se ejerza a favor de los hijos comunes a ambos. c) Dispensa al usufructuario de la obligación de prestar fianza. d) Su fundamento en la confianza de que el delegado va a elegir el sucesor más idóneo a su debido tiempo. e) Mientras el art. 140 Ley 3/1992 limitó el derecho de elección a los hijos o descendientes del constituyente del usufructo, el actual art. 91.2 LDCV, en consonancia con el art. 33 LDCV, permite ser instituidos por el usufructuario poderoso no sólo aquéllos, sino también otras personas señaladas expresamente por el instituyente. Hemos de denotar que este último aspecto fue un supuesto de diferencia entre ambas figuras (art. 34 vs. art.140 Ley/1992) pero ahora es una similitud (art. 33.2 y art. 91.2 LDCV).

*3.2. Puntos de divergencia del usufructo poderoso con el poder testatorio.* Señala DE URIARTE ZULUETA[628] las diferencias bajo el texto de la Ley 3/1992, que hoy consideramos persistentes: a) No se señala ningún plazo para el ejercicio del usufructo poderoso, por lo que, a falta de su determinación por el causante, puede ser ejercitado en cualquier tiempo[629]. b) No expresa que la vigencia del usufructo poderoso se subordine a la muerte del comitente pues los art. 91 y 92 LDCV le llaman "*constituyente*" no causante[630]. c) Una presunción *iuris tantum* de que el otorgamiento del poder testatorio en Ayala concede el usufructo a todo delegado para testar (art. 91.4

---

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. 764.

[627] DE URIARTE Y LEBARIO, Luis-María, *El Fuero de Ayala*, obra cit., pp. 90 y 91. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit, pp. 579 y 586.

[628] DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, "El Fuero de Ayala", en *Derecho Civil Foral Vasco*, obra cit., pp. 240.

[629] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 983. 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. 752.

[630] A favor de que puede empezar en vida del causante: 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. 357. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, *El Fuero de Ayala*, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 203: "Se habla de constituyente del usufructo, evitando el utilizar términos como «testador» o causante» Este último porque en el momento en que se constituye el usufructo aún está vivo, y sobre todo porque esta institución puede utilizarse en actos que han de surtir efectos inter vivos, de modo que continúa vivo aquel constituyente. La posible utilización de actos inter vivos, como la donación, nos aleja de términos como testador, u otros de carácter estrictamente sucesorio". GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 976. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 336 y 341.

LDCV) [631], mientras que en el poder testatorio la presunción legal de la atribución del usufructo universal sólo se da a favor del cónyuge o pareja de hecho nombrado comisario (art. 41.3 LDCV).

**4. Caracteres del usufructo poderoso.**

Podemos enunciar las características siguientes:

*4.1. Supone la constitución de un derecho real en cosa ajena, un usufructo universal sobre la herencia del instituyente.*[632] De ello se derivará, en consonancia con su origen histórico, tal y como estableció DE URIARTE ZULUETA[633], no una mera yuxtaposición de ambas figuras, como defendía CELAYA IBARRA[634], sino una preeminencia de las facultades del usufructuario y un carácter subsidiario del poder, Esto se vería aún hoy en día por la comparación del ap. 1 del art. 91 LDCV ("Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden constituir a título gratuito inter vivos o mortis causa un usufructo poderoso"), con el ap. 4 del mismo texto legal ("Cuando se concede un poder testatorio se entiende otorgado el usufructo poderoso, salvo disposición expresa en contrario").

La preeminencia del derecho de usufructo sobre el cargo de comisario no es baladí y se manifiesta en consecuencias que acertadamente señala GIL RODRÍGUEZ[635]: a) La subsistencia del usufructo aunque la delegación sucesoria nazca o resulte sobrevenidamente ineficaz; b) la aplicación supletoria, una vez agotada la costumbre como fuente interpretativa, de las normas del poder testatorio (art. 30 y ss. LDCV); c) que el *usufructuario poderoso* sea el administrador y representante de la herencia en todo caso, excluyendo al albacea; d) la posibilidad de que, al menos el derecho subjetivo de usufructo, no la facultad ordenadora de la sucesión, produzca

[631] 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. 359. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 417. 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. 747.

[632] 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. 357.

[633] DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, "El Fuero de Ayala", en *Derecho Civil Foral Vasco*, obra cit., pp. 240 y *El Fuero de Ayala. Su regulación en la Ley de Derecho Civil del País Vasco*, obra cit., pp. 22. En el mismo sentido, 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. 751. También opina así GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit, pp. 288.

[634] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales,* Tomo XXVI, obra cit., pp. 581.

[635] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 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".

efectos durante la vida del causante; y e) que no se le apliquen todas las causas de extinción previstas para la sucesión por comisario.

4.*2. Subsidiariedad o sujeción a la voluntad del causante.* Si ya el art. 89.1 LDCV afirma la primacía de la voluntad del *de cuius* al ordenar su sucesión, el art. 91.3 LDCV lo remarca al decir "El constituyente puede ampliar, restringir o concretar el contenido del usufructo poderoso". Sin embargo el constituyente, a decir de la doctrina no puede reducir el cargo del usufructuario poderoso al punto de ser es un mero "nuntius" o mero portavoz del causante[636].

No obstante, cuando el constituyente del *usufructo poderoso* no le de a dicha figura las características concretas que desee, el art. 91.4 LDCV establece que "Cuando se concede un poder testatorio se entiende otorgado el usufructo poderoso, salvo disposición expresa en contrario". Este precepto tiene alcance meramente interpretativo de la voluntad del causante[637], doble, en mi opinión que supone: primero que todo poder sucesorio otorgado por los vecinos locales de la Tierra de Ayala, salvo disposición contraria del causante, implica la constitución de un *usufructo poderoso* y por tanto en principio universal sobre todos los bienes del otorgante. Segundo, todo *usufructo poderoso*, salvo que el constituyente ordena otra cosa, se rige supletoriamente por las normas de la sucesión por comisario en la LDCV, las cuales, nuevamente van a imponer la sujeción del comisario a las instrucciones del causante (art. 33.1 LDCV).

*4.3. Es un cargo personalísimo e intransmisible*[638]. No podrá ser enajenado ni gravado por ningún título, salvo autorización del constituyente (art. 92 LDCV), si bien podrá nombrar albacea y contador partidor del constituyente, lo cual es lógico en relación a la ordenación de la sucesión del comitente viudo en el propio instrumento sucesorio del usufructuario poderoso (art. 44 y 91LDCV) y la partición de las herencias de ambos cónyuges, constituyente y usufructuario poderoso[639].

---

[636] 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. 746 y 750. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 984-986: no habría usufructo poderoso, en su vertiente de fiducia, 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.

[637] 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. 359. 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. 747.

[638] 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. 359. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 421. 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. 749. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337.

[639] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337.

*4.4. Es un cargo gratuito.* No es posible que sea constituido a cambio de precio o contraprestación[640]. Así se deduce de los art. 89.1 y 91 LDCV, gratuidad que se entiende sin perjuicio de cualesquiera otras atribuciones mortis causa, además del propio usufructo, que el usufructuario poderoso recibiera directamente por ordenación sucesoria del causante o por ley (art. 18 y 89 LDCV)[641].

*4.5. Es un cargo voluntario.* Es precisa la aceptación, tanto porque su *constitución* por el otorgante es un mero ofrecimiento que ha de aceptar el *usufructuario poderoso* para la constitución de su usufructo (art. 468, 609 y 989 CC), como por aplicación supletoria de la regulación del comisario que precisa de aceptación (art. 45.5 LDCV). Siendo voluntario, es por lo tanto un cargo renunciable[642].

*4.7. Es un cargo por plazo indeterminado o indefinido*. Salvo si el constituyente lo limitare (art. 91 LDCV).

*4.8. Es un cargo responsable*. Lo que se deduce de: a) que el causante le puede imponer fianza o garantía (art. 491.2 CC vs. art. 95 LDCV); b) el usufructuario poderoso debe rendir cuentas de su administración[643] (art. 491.1 y ss. y 522 CC) y liquidar el estado posesorio al fin del usufructo (art. 451 y ss. CC); y c) no parece que quepa removerle del cargo por incumplimiento de sus deberes como conservación de la cosa, p. ej. (cfr. art. 520 CC), por su carácter implícito de comisario (art. 91 LDCV)[644]. Pero no parece que deba rendir cuentas por el ejercicio de la ordenación de la sucesión[645].

---

[640] 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. 356. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 977 y 981.

[641] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337.

[642] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 985. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337.

[643] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 199. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 980.

[644] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337.

[645] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 139, distingue cuando el fiduciario sea también administrador, responderá, como todo administrador de patrimonio ajeno, de los daños y perjuicios que se causen al patrimonio administrado por su culpa o negligencia. Pero no hay responsabilidad a consecuencia de la ejecución de la fiducia. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 942: la renuncia del usufructuario poderoso sin justa causa podría dar lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados a la herencia o los interesados en ella, aunque en cuanto a éstos últimos habría dificultades importantes dado el carácter formal de la legítima. Estoy de acuerdo y añado: 1º. el sucesor no puede ir contra los actos de su causante, que lo mismo es el fiduciario a estos efectos. 2º. los sucesores presuntos no pueden tener daños, pues siendo revocable el testamento y no adquiriendo el sucesor derecho alguno hasta la apertura de la sucesión, nada ha perdido ex art. 1106 CC pues como gráficamente señalan la STS, Sala 1ª, de 26-12-1996, de 05-11-1998, de 28-10-2004 y 07-07-2005, entre otras, el lucro cesante "no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna" o "meros sueños de ganancia". La jurisprudencia parece optar a favor de la responsabilidad como administrador del comisario sujeto a la legislación civil vasca.

Alguna doctrina sostiene la limitación de responsabilidad del usufructuario poderoso hasta el límite del rendimiento del caudal hereditario[646], pero no estoy de acuerdo pues a tenor del art. 21.1.c) LDCV, de general aplicación (art. 8 LDV) precepto que forma parte del *status* natural (por defecto) del *alkar poderoso* o comisario viudo (o supérstite de la pareja de hecho inscrita) y del *usufructuario poderoso* ayalés[647], que dispone que se pagarán con cargo al caudal relicto los gastos de conservación de los bienes, cuando no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.

*4.9. Los sucesores del constituyente están en situación de mera expectativa.* Hasta que se hace uso del poder testatorio, los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión, "*herederos presuntos*", carecen de cualquier derecho a la sucesión[648]. Se ha discutido en la doctrina si tienen derecho a la formación de inventario con general respuesta positiva (cfr. art. 34 LDCV y art. 491.1º CC)[649]. Algún autor reconoce a los sucesores presuntos una reducida *legitimación* activa para impugnar actos del usufructuario que menguasen su *difusa expectativa*[650]. Por aplicación supletoria de la normativa común vasca, de origen vizcaíno[651] y la esencia de la suspensión de la delación (art. 17.2 LDCV), opino que no disponen de tal legitimación, en absoluto[652].

**5. Requisitos para la constitución del usufructo poderoso.**

*5.1. Requisitos subjetivos del usufructo poderoso.*

Dado que la normativa autonómica de vasca carece de regulación propia sobre la discapacidad, le resulta de aplicación las modificaciones introducidas en el Código civil por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

[646] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 982 y ANGOITIA GOROSTIAGA, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 203: el usufructuario responderá limitadamente hasta el importe del rendimiento del capital usufructuado, pudiendo repercutir el excedente en los destinatarios de los bienes, salvo que estos reúnan la doble condición de sucesores del constituyente y del propio usufructuario poderoso.

[647] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2018, Nº. 28, 2017, pp. 4.

[648] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 978. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 342.

[649] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 196, entendió que, a salvo la voluntad del causante ex art. 491.1º CC el cónyuge usufructuario poderoso quedaba dispensado por ley de la obligación de formar inventario pero no otros usufructuarios. Al contrario, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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. 937, entendía que era exigible por la supletoria aplicación de las normas del Fuero de Bizkaia y de Gipuzkoa. En idéntico sentido, FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 342.

[650] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 199. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. ed. 2016, pp. 980.

[651] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004, sobre imposibilidad de oponerse a liquidaciones parciales de gananciales; AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011, SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2013 sobre falta de legitimación activa de la sucesora presunta; y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015.

[652] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 342.

jurídica. El análisis en profundidad de la relación entre personas con discapacidad y delegación de la facultad de testar se hará en la parte de esta obra que trata de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

5.1.1. El "*constituyente*". a) Capacidad. Debe ser capaz para testar conforme al título en que disponga tal institución: la mínima para testar (art. 662 a 666 CC); la emancipación para otorgar testamento mancomunado (art. 24.5 LDCV) y la necesaria para contratar y disponer si se instituye en pacto sucesorio[653]. b) Legitimación. El constituyente del *usufructo poderoso* ha de tener vecindad civil vasca y la vecindad local ayalesa en el momento del otorgamiento[654] (art. 89.1 LDCV) pues no es una mera forma testamentaria sino un verdadero modo de suceder a la vista de los art. 91 y 94 LDCV ("la facultad de disponer a título gratuito" y "mientras no disponga de los mismos", respectivamente). Igualmente, como señalan IRIARTE DE ÁNGEL y URRUTIA BADIOLA[655], el Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española ni vecindad civil vasca que pudiera otorgar poder testatorio, ora si ha efectuado "professio iuris" al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado.

5.1.2. El usufructuario poderoso. a) Capacidad: Parece que necesitará la capacidad correspondiente (art. 468 CC) al título de su institución, ora la de aceptar la sucesión (art. 992 CC, conforme a la jurisprudencia, capacidad de plena disposición); ora la capacidad de contratar y disponer, tanto en caso de donación (art. 626 CC por ser una donación con carga u onerosa), como en la de los pactos sucesorios (art. 100.3 LDCV y art. 1263 CC[656]). b) Legitimación. Puede ser usufructuario poderoso cualquier persona física (art. 91 LDCV), con independencia de su vecindad civil. En la práctica este derecho se concede al cónyuge o pareja de hecho aunque no es necesario que la designación sea recíproca[657]. También puede serlo una persona jurídica (art. 35 y 38

[653] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 123. MONASTERIO AZPIRI, Icíar, "Capítulo III. De los pactos sucesorios. Sección primera, disposiciones generales", en Andrés 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 149. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. ed. 2016, pp. 970. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46), en Andrés-María 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. 789.

[654] GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "*Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*", obra cit., pp. 744. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "*Tratado de Derecho de Sucesiones*", Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 969. Entiende que aunque luego la pierda, ex art. 9.8. CC, perdurará esta forma de ordenar la sucesión, con lo que estoy de acuerdo.

[655] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[656] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 109. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 973. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 338.

[657] 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. 357. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed.

CC)[658], si bien en este caso parece aplicable la norma según la cual no podría superar los treinta años de duración (art. 515 CC) garantizando la temporalidad que caracteriza al usufructo[659]

5.1.3. El Sucesor. a) Capacidad. La capacidad del sucesor será la exigida por el supletorio Derecho civil común (art. 744 y ss. CC)[660] al tiempo de la delación, del ejercicio por el usufructuario de su cometido (art. 17.2 LDCV). b) Legitimación. 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 Ley 3/1992[661], el delegado sólo tenía una elección *in incertum de certis*, limitada a optar entre los hijos y descendientes del causante[662], o bien podía elegir sucesor libremente conforme a la libertad civil del fuero de Ayala[663]. 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 otra parte de la doctrina[664], que se desprendía de la comparación entre el aparentemente restrictivo art. 140 y el ampliatorio art. 141 Ley 3/1992: Que por defecto los destinatarios eran los hijos y descendientes del causante aunque éste era libre de señalar otros[665].

---

2016, obra cit., pp. 971 y 977. 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*. 744 y 750.

[658] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 117. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 338. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 972.

[659] SÁNCHEZ CALERO, Francisco-Javier y otros, en Sánchez Calero, Francisco-Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil, III, Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. ISBN 978-84-9876-284-6, pp. 256. Cfr. STS de 15-04-1988.

[660] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 976.

[661] "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".

[662] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 582.

[663] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 117 y 123. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 434.

[664] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 123. SALAZAR IZAGUIRRE, Jon-Joseba, 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". Asimismo, FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 339.

[665] 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, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *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 *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 745.

GOIKOLEA MARTÍN[666] llega a la misma conclusión, que bajo el *Fuero de Ayala* la designación de gamas de sucesores es requisito de ejecución, no de la validez de la institución de un *usufructuario poderoso* fundándose en la integración 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[667] 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 MARTÍN.

Además, añado varios argumentos. El de la literalidad del art. 91.2 LDCV que identifica *usufructo poderoso* con la facultad de ordenar la sucesión "a favor de los hijos o descendientes del constituyente", pero, aquí radica la clave, con la posibilidad de llamar a "otras personas señaladas expresamente por el mismo". Como segundo argumento añado que a la falta de designación del grupo de sucesores presuntos 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 Gizpuzkoa). Como tercer argumento, el principio *favor negotii* pues la opinión de GIL RODRÍGUEZ supone enervar de entrada el nacimiento 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, en su opinión no valdría la designación de usufructuario poderoso/fiduciario/comisario en el caso que hubiera un solo hijo del causante. Pero entiendo que 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[668]. Es más, siguiendo dicha hipótesis contraria, de la que discrepo,

---

[666] 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.

[667] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en María-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.

[668] 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 SARRICOLEA SARRIKOLEA, Julián, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. pp 126, GIMENO GÓMEZ LA FUENTE, Francisco-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 176 y FERNÁNDEZ DE BILBAO 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 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

bastaría una designación muy genérica de las categorías de beneficiarios para salvar la ineficacia.

*5.2. Requisitos objetivos del usufructo poderoso.* De modo reiterativo con la amplísima libertad de disponer *mortis causa* que permite el art. 89.1 LDCV, el art. 91.2 LDCV insiste en que el usufructuario tiene la "*facultad de disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes*", o sea el causante puede encomendar al comisario la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan al primero en orden a la transmisión sucesoria de los mismos (art. 30 LDCV).

Dicho precepto también tiene la lectura de que se pueden constituir varios usufructos poderosos, tantos cuantos bienes haya en la herencia, con otros tantos usufructuarios-comisarios respectivos. No obstante, entiendo que lo habitual será la constitución de un único usufructuario poderoso universal.

5.2.1. Facultad de designación de heredero y legatarios. El art. 19 LDCV establece por primera vez, sin recurrir al Derecho civil común, supletorio, los respectivos estatutos de herederos y legatarios, a los que se igualmente remite la regulación de los pactos sucesorios (art. 103 LDCV). Sin embargo, en contraste con otros Derechos Forales o Especiales de base romanista (p.ej. Baleares, Cataluña o Navarra) no es imprescindible en Derecho civil vasco la designación de heredero[669]. Siempre ha tenido mayor importancia la facultad de distribución y por tanto el *usufructuario poderoso* podrá nombrar heredero único o varios, dividir toda la ordenación de la herencia en legados, etc. (art. 93 LDCV)[670].

Cabe plantearse igualmente si es posible la autoadjudicación de bienes por el *usufructuario poderoso*. Entiendo que más allá de la regla general para el comisario en el art. 35 LDCV ("Autoadjudicación de bienes. 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"), si el usufructuario poderoso no está señalado dentro del ámbito de

---

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".

[669] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "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-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 361. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XVI. Sucesión testamentaria en el País Vasco", en Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 314.

[670] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 995.

beneficiarios expresamente señalados art. 91.2 LDCV no podrá autoatribuirse bienes, lo que normalmente ocurrirá porque ya está pagado con el propio usufructo poderoso.

5.2.2. Facultad de distribución de los bienes. Esta potestad, a *contrario sensu* de la última proposición del art. 670 CC puede ser definida con CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[671] no tanto en la designación formal de un único heredero (facultad de elección o de designación), como en la facultad de repartir los bienes hereditarios (a título de heredero, legatario u otros, libremente o con condiciones, términos y modos) entre una o varias personas (beneficiarios) que forman parte de un grupo determinado de gente. En este punto recordemos que:

a) La LDCV sustituye en Ayala la legítima el Código civil por la propia de aquélla (art. 8 y 10 LDCV vs. art. 3.1 Ley 3/1992). En consecuencia, sólo son legitimarios los hijos y descendientes y es, colectiva[672], de libre reparto por el causante entre aquéllos, por lo que en palabras de GALICIA AIZPURUA[673] hasta que no se proceda a la efectiva distribución de la legítima, ningún legitimario sabe en qué proporción será beneficiario, ni si recibirá algo. El reparto o distribución entre los sucesores legitimarios se efectúa a través del apartamiento (art. 90 LDCV), ora limitado a ciertos legitimarios, lo que es posible en el régimen general del Derecho civil vasco (art. 48.2 y 51.1 LDCV), ora de todos ellos, lo que es no es posible en dicho régimen general (art. 51.2 LDCV), pero sí en Ayala (art. 89 LDCV), lo que convierte la legítima para los sujetos a su Fuero en legítima meramente formal[674]. Hay, no obstante, cierto sector doctrinal que defiende la aplicación del art. 51.2 LDCV conforme al cual "La preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial" para el caso de preterición errónea[675], interpretación que entiendo debe ceder ante la anterior a la vista de la norma especial del art. 89.1 LDCV bastante clara: "Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer

[671] CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", en María-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. 855.

[672] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XIX. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", 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. 384. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Capítulo segundo. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera. De la legítima (Artículos 47-57)", en Andrés-María 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. 453. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco" , en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 425.

[673] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, "Capítulo XIX. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 384.

[674] 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. 355. 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. 738 y 739.

[675] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco)", en *Aranzadi civil-mercantil. Revista* doctrinal, ISSN 2174-1840, Nº. 5, 2016, pp. 31. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 415. Este mismo autor GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XIV. La posición del viudo y del conviviente supérstite", en Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 285, también hace acreedor de su legítima al viudo preterido erróneamente.

libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho".

Apartamiento que puede ser expreso o tácito, es decir, la pura preterición de un legitimario le excluye a éste de reclamar contra la herencia[676]. Pero frente a este "apartamiento personal", equivalente a la preterición, u omisión de toda atribución sucesoria al legitimario, cabe el "apartamiento real" de modo que toda atribución entre vivos o por causa de muerte en que medie apartamiento expreso no computará ni colacionará en la herencia del causante, lo que es necesario cuando se produzcan varios otorgamientos (art. 59, ap. 2 y 4 LDCV). Efectivamente, el art. 93 LDCV permite el ejercicio parcial del poder y, como cláusula de cierre del sistema legitimario (art. 47 y ss. LDCV) establece que los legitimarios favorecidos quedan apartados (apartamiento tácito y real[677]) con los bienes recibidos, sin perjuicio de que, en actos posteriores, pueda el usufructuario favorecerles con otros bienes, con lo que quedan directamente enervadas las actuaciones particionales de computación y colación (art. 59, ap.2 y 4 LDCV)[678]. La mejor redacción de este art. 93 LDCV respecto del art. 143 Ley 3/1992 produce como efecto, según GOIKOLEA MARTÍN[679], que ya no se consideran apartados de toda la sucesión los demás legitimarios elegibles que no han sido beneficiados por una atribución sucesoria concreta, sino sólo los que efectivamente han sido adjudicatarios de la misma.

b) El cónyuge (o pareja de hecho inscrita en el Registro administrativo del Gobierno Vasco) puede ser apartado expresa o tácitamente[680], al contrario que en el régimen general de la LDCV en que no puede ser apartado[681].

5.2.3. Facultad de imposición de gravámenes, condiciones, sustituciones, etc. El art. 32.3 LDCV dispone que "Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes". Lo analizamos en profundidad en el capítulo correspondiente a la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

---

[676] 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. 355.

[677] 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. 755.

[678] 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. 361.

[679] 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. 756.

[680] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit. 406. 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. 737.

[681] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 449. Cfr. SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-12-1998. El viudo no puede ser apartado de sus derechos legitimarios bajo el Fuero de Bizkaia y no ha de colacionar conforme a la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 24-06-2002.

5.2.4. Facultad de señalamiento y pago de legítimas. Cuestión diferente es si el usufructuario puede ordenar disposiciones como las que siguen: a) Colación de liberalidades. Para que no colacionen las donaciones hechas por el causante a hijos y descendientes se requiere de apartamiento expreso cuando las efectúa el causante (art. 59.2 LDCV), frente a las que haga el *usufructuario poderoso* que conllevan tácitamente tal apartamiento (art. 93 LDCV). El apartamiento inserto en un acto unilateral aceptado por el beneficiario (donación) o acto bilateral (pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales) no podrá ser modificado unilateralmente ni por el causante ni por el *usufructuario poderoso*[682]. Pero podría plantearse la cuestión contraria, o sea, disposiciones sin apartamiento otorgadas por el "de cuius" en vida, el cual podrá ser perfectamente dado por el usufructuario poderoso[683], siempre que sus adquirentes estén dentro del rango de beneficiarios señalados por el causante (art. 91.2 LDCV). b) No parece posible que el *usufructuario poderoso* pueda ordenar la sucesión a favor de los descendientes apartados tácita o expresamente, desheredados justa e injustamente o declarados indignos por el causante[684], no tanto por el discutible alcance del art. 33.1 LDCV (el comisario no podrá modificar el poder testatorio), sino porque al expresar el constituyente en el poder que otorga la gama de hijos y descendientes a ser beneficiados (art. 91.2 LDCV), no puede el *usufructuario poderoso* (art. 1259 CC) excederse de los términos de su poder, principio de subsidiariedad.

5.2.5. Límites. El usufructuario poderoso tiene ciertas restricciones en el ejercicio de su encargo: a) el respeto a las disposiciones del causante, incluidos los términos de la constitución de su derecho; b) el respeto a las atribuciones sucesorias perfectas y consumadas otorgadas por el mismo (vía pacto sucesorio o donación). Pero dicho *de cuius* no tiene normas imperativas a las que sujetarse al ordenarse su sucesión, luego tampoco las tendrá el *usufructuario poderoso*, ni en el fondo ni en la forma (art. 89 LDCV)[685].

---

[682] De manera similar, en el Derecho Civil de Aragón, ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 194 y PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 589 entienden que el fiduciario no puede ordenar la colación de liberalidades realizadas por el causante porque no puede hacer modificación directa o indirecta de las disposiciones del causante. En Galicia BUSTO LAGO, José-Manuel. "Capítulo XII. Derecho de sucesiones II: sucesión paccionada", en José-Manuel Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9, pp. 423 entiende que sólo cabe la revocación de la dispensa de colación de lo donado en los casos de revocación de la donación. arts. 644 y ss. del CC.

[683] Las SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 27-06-2016 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-07-2018 afirman que la mera dispensa de colación no equivale al apartamiento, siendo aquélla en consecuencia ineficaz. Pero la segunda resolución citada manifiesta que el apartamiento podría haberse válidamente dado en un testamento del causante otorgado con posterioridad a las donaciones. Luego, en mi opinión, si esto último lo puede hacer dicho causante, lo podrá hacer asimismo su comisario que tiene las mismas facultades a tenor del art. 30 LDCV.

[684] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 984-987.

[685] Como defendió CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, Tomo I, pp. 278-280, la libertad de testar se despliega en un triple sentido: en el ámbito subjetivo en cuanto a los sujetos a favor de los cuales puede disponerse, en el ámbito objetivo en cuanto a los bienes a los que afecta, y en el ámbito instrumental o formal, en cuanto a la forma o instrumento a través del cual puede ejercerse. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 334. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 406 y 407. GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, en GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos

*5.3. Requisitos formales del usufructo poderoso.* El art. 91.1 LDCV habla del ejercicio del poder sucesorio otorgado al *usufructuario poderoso*, pero no de la constitución del mismo, que como tal se podrá otorgar por cualquier título *inter vivos* o *mortis causa*, universal o singular, o sea, testamento, donación, capitulaciones, pacto sucesorio, etc. (art. 18 y 89.1 LDCV)[686]. Se podría plantear que cada uno de estos títulos exigirá su forma respectiva, o por el contrario, que se impone el supletorio art. 31 LDCV que exige forma notarial para todo poder testatorio, opción por la que se postula la doctrina[687] dada la integración de los art. 31 y 91.4 LDCV. En todo caso la forma notarial es más que conveniente y segura, dada la complejidad de la institución del *usufructo poderoso*.

## 6. Efectos del usufructo podroso pendiente la ordenación sucesoria.

Aunque no lo explicite la LDCV, se discute si el cargo está pensado para que la delegación sucesoria y el usufructo empiecen a ejercerse desde el fallecimiento del causante[688], o si, por el contrario, pueden iniciarse durante la vida del mismo[689], lo que supondría que el instituyente se reservase bienes suficientes para su congrua sustentación (cfr. art. 634 CC). En todo caso, otorgado el usufructo poderoso se abre una fase de expectativa hasta el ejercicio o frustración del poder sucesorio ínsito muy superior a la expectativa de la mera consolidación del usufructo[690].

---

88 a 95)", 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. 127.

[686] 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. 356. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 420. 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. 744.

[687] TAPIA 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. 359. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 970. 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. 744.

[688] DE URIARTE LEBARIO, Luis-María, *El Fuero de Ayala*, obra cit., pp. 99. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 579. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 137, sólo admite que en vida del causante se atribuya el usufructo al delegado para testar, pero no que pueda ejecutar su encargo hasta la muerte de aquél.

[689] A favor de que poder testatorio propio del *usufructo poderoso* pueda usarse en vida del causante se postula 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. 357. Asimismo lo afirma RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, *El Fuero de Ayala*, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 203: "Se habla de constituyente del usufructo, evitando el utilizar términos como «testador» o causante» Este último porque en el momento en que se constituye el usufructo aún está vivo, y sobre todo porque esta institución puede utilizarse en actos que han de surtir efectos inter vivos, de modo que continúa vivo aquel constituyente. La posible utilización de actos inter vivos, como la donación, nos aleja de términos como testador, u otros de carácter estrictamente sucesorio". En el mismo sentido, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 976. Y FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 336 y 341.

[690] En este sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Derecho de cosas. Derecho Inmobiliario y Registral*, Tecnos, Madrid, 1988. ISBN 84-309-1182-0, pp. 386, afirman que "una larga tradición histórica ha venido entendiendo

Existan propiamente legitimarios o no bajo el Fuero de Ayala[691], no podemos hablar sino de "*presuntos sucesores*" (mera expectativa) que nada han adquirido fallecido el causante, por lo que de ninguna deuda del causante responden (art. 17.2 y 21 LDCV), y en consecuencia la herencia será la responsable de las deudas que la misma genere y de las del causante, siendo posible que la sea demandada (art. 6.1.4º LEC y art. 3.4 y 567 y ss. T.R. Ley Concursal), correspondiendo su representación al administrador, el usufructuario (art. 7.5 LEC).

*6.1. El inventario de bienes y fianza.* Bajo la Ley 3/1992 se entendió que conforme al art. 491.1º CC la formación de inventario era obligación del usufructuario poderoso, salvo disposición contraria del causante (art. 493 CC)[692]. Y a la inversa, salvo que disponga expresamente lo contrario el *de cuius*, el *usufructuario poderoso* no está obligado a prestar fianza (art. 145 Ley 3/1992) sin duda para favorecer la aceptación del cargo[693]. Dada la libertad dispositiva (art. 89.2 LDCV) mantenemos lo mismo, que el constituyente puede dispensar la formación del inventario, pero que es obligatorio a falta de dicha dispensa (art. 34.1 LDCV). Y la razón teológica la hallo en que no habiendo sucesoros forzosos en la sucesión sujeta al *Fuero de Ayala* cuya legítima haya de protegerse, no es precisa la determinación de los bienes hereditarios en garantía de sus inexistentes derechos legales sobre la herencia (art. 89.1 LDCV). Otra cosa es la formación de inventario que proceda a consecuencia del ejercicio del beneficio de separación de bienes (art. 43.3 LDCV) que sí podrán exigir acreedores y legatarios[694]. Igualmente hay dispensa de prestarse fianza, salvo que la ordene prestar el constituyente (art. 95 LDCV)

*6.2. Administración y representación de la herencia.* Estando el *usufructo poderoso* en fase de expectativa de su ejercicio, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder sucesorio, queda suspensa la delación, por lo que es

---

que durante el usufructo, dadas las amplísimas facultades que el usufructuario posee, la propiedad pasa a ser un derecho prácticamente vacío de contenido (…) o meramente potencial hasta que el propietario recupere las facultades ínsitas en el *iura in re aliena*".

[691] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 408 afirma que "en Ayala la legítima es naturalmente inexistente".

[692] En tal sentido DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, "El Fuero de Ayala", en *Derecho Civil Foral Vasco*, obra cit., pp. 239 recuerda que la Memoria del Proyecto de Proposición de Ley de Álava que sirvió de base al Fuero de Álava en la Ley 3/1992 incluyó la dispensa de inventario y fianza en su pp. 72 pero la Ley 3/1992 sólo la dispensa de prestar fianza. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 196. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp.421. 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. 762. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 342.

[693] 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. 362. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 421.

[694] El hecho de que en el momento de constitución del usufructo no se exigiera por el nudo propietario el cumplimiento de tales obligaciones no implica la dispensa de las mismas (STS, Sala 1ª, de 04-07-2006). Además, la omisión, dolosa o culposa, de un inventario cabal puede dar lugar a la responsabilidad del usufructuario frente a terceros por deudas del causante y de la herencia de aquél, ora como sucesor (STS de 29-11-1907, por las causas del art 1024 CC y "*con la concurrencia de dolo o malicia*"), ora si no lo es, por aplicación de los art. 1101 y 1902 CC a todos los sucesores bajo la premisa que disponiendo de los medios conocidos de liquidar la herencia y siendo conocida la norma de antes es "*pagar que heredar*", dolosa o culposamente hayan roto la prelación al pago antedicha.

imprescindible que se regule la administración y representación de la herencia yacente, que será la responsable de las deudas de esta entidad y de las del causante, siendo posible que sea demandada (art. 6 LEC, 37 de la LDCV y art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal), pues los administradores ordinarios de la misma, los herederos (art. 17.1, 19.2 y 21 LDCV y 999 CC) no existen. Al contrario el usufructuario poderoso disfruta de gran parte de las facultades inherentes al derecho de propiedad, entre ellas la de administración (ello es evidente aunque no esté expresamente manifestado en el articulado sino de manera indirecta en los art. art. 21.1.c) y 43.3 LDCV y art. 490, 494 y 520 CC[695]), la cual está manifiestamente ligada a la facultad de disfrute[696]. Asimismo tiene legitimación en nombre propio, tanto substantiva como procesal (art. 10 LEC) para todos los actos relativos a su derecho[697]. En consecuencia no parece que se pueda desglosar el carácter de usufructuario del de administrador y representante como sí se permite para el comisario foral (art. 37 LDCV)[698].

*6.3. El usufructo del caudal hereditario, posesión, uso y disfrute*. El detalle del disfrute de este derecho subjetivo se regula en los supletorios art. 467 y ss. CC. La doctrina opina de modo unánime[699], con fundamenteo en la conjunta interpretación del Derecho civil común y el carácter personalísimo del derecho del usufructuario poderoso que este último puede poseer, usar, percibir los frutos y aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada en definitiva, incluso arrendarla a otro, pero no tiene derecho a enajenar su derecho de usufructo (cfr. art. 92 LDCV).

La imputación de gastos del art. 94 LDCV ("Todas las reparaciones, gastos, cargas y contribuciones de los bienes objeto del usufructo poderoso serán de cargo del usufructuario mientras no disponga de los mismos") no es novedad, sino mera transliteración del art. 144 Ley 3/1992. Y, como dijimos sobre este último[700], como quiera que no hay sino nudo propietario en expectativa no tiene sentido la distinción del CC entre el régimen de las reparaciones ordinarias y extraordinarias (art. 500 y ss. CC)

---

[695] MANRESA NAVARRO, José-María, *Comentarios al Código civil español*, Tomo IV, obra cit., pp. 340. En cuanto a la afirmación de que el usufructuario es el administrador de los bienes usufructuados, SAP de La Coruña, sec. 5ª, de 24-02-1999, SAP de Burgos, sec. 2ª, de 24-09-2007.

[696] Contiene la STS, Sala 1ª de 17-10-1978 una clara distinción entre aquéllos al decir que son actos de disposición los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes y actos de administración, los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa.

[697] Y así poseer (SAP de Tarragona, sec. 3ª, de 30-11-2010 y las que cita), usar (art. 467 CC), percibir los frutos (art. 471 CC) aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada en suma (SAP de Valladolid, sec. 1ª, de 25-03-2011), arrendarla a otro (SAP de La Rioja, sec. 1ª, de 14-02-2012 y art. 250 LEC).

[698] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 983. 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. 752.

[699] 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. 360. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 978. GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "*Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*", obra cit., pp. 759. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 342 y 343.

[700] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 342. En el mismo sentido, 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. 360 y 361 y 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. 759.

o impuestos (art. 504 y 505 CC) que habrán de ser satisfechos por el usufructuario poderoso. No obstante, dicho art. 94 LDCV ha de ser completado con los art. 21.1.c) y 43.3 LDCV sobre administración ordinaria y dinámica; así como con el art. 51.3 LDCV sobre usufructo que recaiga sobre dinero o fondos de inversión.

*6.4. Usufructuario poderoso y sociedad conyugal.* La liquidación de la sociedad conyugal o régimen económico patrimonial de la pareja de hecho (inventariar, evaluar, liquidar, partir y adjudicar) va a determinar los bienes del patrimonio que fue conyugal que se adjudican a la herencia del causante.

Ello supone, en primer lugar, preguntarse si es posible el ejercicio de las funciones fiduciarias por el usufructuario poderoso ante una sociedad conyugal sin liquidar, cuando el causante sólo tiene cuotas sobre la misma pero no bienes concretos. En las sucesiones sujetas al CDFAragón ya hemos visto que sí que se puede[701]. Y cabe concluir que bajo la LDCV la liquidación total de la sociedad conyugal para ejecutar el poder testatorio no es necesaria, pues tal fue la opción legislativa en la LDCV frente al El borrador de propuesta de Ley Vasca De Sucesiones-Código Vasco de Sucesiones[702]. No obstante, para su liquidación caben diferentes posibilidades:

6.4.1. El *usufructuario poderoso* no viudo deberá concurrir con el viudo para dicha liquidación, si bien no precisará la concurrencia de los sucesores presuntos. Según MARTÍN OSANTE[703] los "herederos presuntos" no pueden pedir la liquidación y división de la comunidad (art. 105 Ley 3/1992, art. 142.2 LDCV).

6.4.2. El *usufructuario poderoso*, viudo, puede hacer la liquidación de la sociedad conyugal por sí y ante sí (art. 60, 91.2, 140 y 142 LDCV) si que está expresamente autorizado al efecto por el causante a nombrarse a sí mismo heredero del premuerto y/o adjudicarse bienes y derechos libremente, incluso aunque haya descendientes de éste conforme a la RDGSJFP de 02-07-2020 sobre el comisario foral. Precedente de esta resolución es la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004[704]. Otro argumento a favor de esta solución es que la opción contraria se planteó en otros

[701] Según MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 166, el objeto de esta facultad es evitar la práctica hasta la Ley de sucesiones de Aragón de 1999 de una prematura ejecución de la fiducia, normalmente parcial, con asignación a algún descendiente, para a continuación llevar a cabo la disposición; sistema insatisfactorio, que encarecía los costes y obligaba a una ejecución de la fiducia que podía ser que no interesase.

[702] El borrador de propuesta de Ley Vasca De Sucesiones-Código Vasco de Sucesiones presentado el 14-01-2014 ante la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco por el Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU, art. 41.1 pretendió: "En caso de que el causante esté sometido a un régimen económico matrimonial de comunidad, sólo podrán atribuirse bienes o derechos pertenecientes a la comunidad disuelta una vez ésta haya sido liquidada. De otro modo, podrá instarse la anulación de la disposición durante los cuatro años siguientes a su realización". Y ap. 3: "3. La liquidación podrá ser solicitada por el comisario, por el administrador o por cualquiera de los posibles sucesores, y deberá ser practicada por el supérstite con los posibles sucesores o, en su caso, con el contador-partidor".

[703] MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, obra cit., pp. 657.

[704] "De ser otra la interpretación, llegaríamos al absurdo de que para liquidar y adjudicar sería preciso el concurso del cónyuge viudo y de unos herederos en expectativa, que no se sabe quienes van a ser al estar pendiente el uso del poder testatorio, y que en su caso, con sus acuerdos y adjudicaciones podrían subvertir la voluntad del causante, que no es otra que la de otorgar plenos poderes a la persona en quien confía para distribuir sus bienes, como si de el mismo se tratara".

proyectos legislativos que se presentaron para dar forma a la LDCV, pero no fue adoptada[705].

6.4.3. En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante éste y el *usufructuario poderoso* viudo podrán llevarla a cabo de consuno.

6.4.4. El *usufructuario poderoso* viudo igualmente, la podrá realizar con uno de los sucesores presuntos (art. 142 de la LDCV, comunicación foral; art. 43.5 otras sociedades conyugales[706]).

6.4.5. A falta de acuerdo queda el recurso al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a instancias del *usufructuario poderoso* viudo (art. 803 y ss. LEC).

*6.5. Facultades de disposición del usufructuario sobre los bienes usufructuados.* No habiendo propiamente legitimarios bajo el Fuero de Ayala[707] (art. 89.1 LDCV), se discute si el *usufructuario poderoso* tiene facultad de disposición a título oneroso sobre los bienes de la herencia. Para GOIKOLEA MARTÍN[708] está limitada a las posibilidades del art. 43.4 LDCV, pero sin ser necesarias las autorizaciones de los sucesores presuntos o del Juez en los casos del art. 43.5 LDCV[709]. La mayoría de la

[705] El *Borrador de propuesta de Ley Vasca de Sucesiones-Código Vasco de Sucesiones* presentado el 14-01-2014 ante la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco por el Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU, art. 41 pretendió que, ap.1: "En caso de que el causante esté sometido a un régimen económico matrimonial de comunidad, sólo podrán atribuirse bienes o derechos pertenecientes a la comunidad disuelta una vez ésta haya sido liquidada. De otro modo, podrá instarse la anulación de la disposición durante los cuatro años siguientes a su realización". Y ap. 3: "3. La liquidación podrá ser solicitada por el comisario, por el administrador o por cualquiera de los posibles sucesores, y deberá ser practicada por el supérstite con los posibles sucesores o, en su caso, con el contador- partidor".

[706] Aunque la literalidad del art. 43.5 LDCV se refiere a actos de enajenación y la partición no lo es, ésta requiere capacidad de disposición. Pero la ratio de ambos preceptos es la misma, que concurra el comisario-cónyuge con un sucesor presunto a la liquidación y partición de gananciales como medida protectora o conservativa de la identidad y valor del caudal relicto en la misma línea que el art. 142 LDCV, aplicable también por analogía. El comisario-viudo, además podría instar la disolución judicial de gananciales (art. 806 y ss. CC) demandando a una herencia yacente o desconocidos herederos del causante cuya representación le corresponde a él mismo (art. 37 LDCV) sin que se prevea una suerte de defensor judicial. En este caso hay riesgo de que el comisario presente una propuesta incontestada de liquidación (art. 810 LEC) que le favorezca.

[707] En Derecho común, la liquidación extrajudicial de la herencia está muy somera y limitadamente regulada en los art. 902 y 903 CC sobre los albaceas (Cfr. SAP de Madrid, sec. 10ª, de 15-12-2010). No obstante, cabe que el causante le atribuya dicha facultad enajenación de bienes hereditarios para pago (STS, Sala 1ª, de 09-06-1993 con carácter general). Sin embargo, fuera de los casos del art. 903 CC, es doctrina constante de la DGRN (P.ej. las RDGRN de 19-07-1952 y 25-01-1990) basándose en que los legitimarios en Derecho común tienen derecho a una porción de bienes hereditarios (art. 806 CC), no a que su legítima se pague en dinero, que el testador puede facultar a los albaceas para vender libremente los bienes hereditarios sin la intervención de los herederos voluntarios, pero no así sin la intervención de los legitimarios. Siendo la legítima vasca *pars valoris* (art. 48.1 LDCV), no habiendo tal precaución, no debe haber tal límite a la posibilidad de que el comisario proceda a la disposición de bienes de la herencia. Y siendo la Ayalesa meramente formal, menos motivo todavía.

[708] 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. 746.

[709] Art. 43 LDCV: "4. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones,

doctrina[710] opina por el contrario, que a falta de autorización del constituyente el *usufructuario poderoso* no tiene tales potestades. Mi opinión es que:

6.5.1. El causante podrá autorizar a cualquier *usufructuario poderoso* a disponer de los bienes de la herencia, o sea, sea o no su viudo o pareja de hecho[711].

6.5.2. Si el usufructuario es el viudo (o miembro supérstite de la pareja de hecho), por aplicación del régimen del comisario (cfr. art. 8 y 91.4 LDCV) podrá proceder a la enajenación, sea por causa de necesidad, especialmente, en liquidación de la herencia o por mera oportunidad para sustituir unos bienes por otros (art. 43.3 LDCV).

6.5.3. Lo que supone que habiendo legitimarios del causante el usufructuario precisa de su concurrencia para disponer de bienes en los supuestos del art. 43.5 LDCV.

6.5.4. ¿Es posible que el comisario enajene bienes de la herencia sin autorización del causante? Sí, en los supuestos de los art. 902 y 903 CC (por supletoria aplicación), preceptos que exigen la *intervención* de los *herederos*, intervención que puede abarcar desde prestar el consentimiento el *sucesor presunto* a la enajenación hasta, tras la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (art. 91.1.4º), ser meramente oídos como parte interesada en dicho expediente judicial (art. 14.1 LJV). Otro sector de la doctrina llega a la misma conclusión porque entendía que el *usufructo poderoso* desborda el régimen del CC y permite una administración dinámica dirigida a conciliar las propias atenciones de sustento y la explotación del patrimonio pendiente de asignar[712].

Por fin, señalemos que la aceptación y la repudiación de las herencias requieren capacidad de disposición (art. 992 y 1713 CC), la misma que exige el art. 139 LDCV para la comunicación foral de bienes ("Durante la vigencia de la comunicación foral, el cónyuge llamado a una herencia no podrá repudiarla sin el consentimiento del otro. A falta de acuerdo, se entenderá aceptada a beneficio de inventario").

---

cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia. 5. Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios".

[710] 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. 357. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 983. En tal sentido DE URIARTE ZULUETA, Manuel-María, "El Fuero de Ayala", en *Derecho Civil Foral Vasco*, obra cit., pp. 239 recuerda que la Memoria del Proyecto de Proposición de Ley de Álava que sirvió de base al Fuero de Álava en la Ley 3/1992 incluyó dicha facultad de disposición en su pp. 72 pero la Ley 3/1992 no lo hizo.

[711] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 983. Este autor y ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 203, entienden por defecto que el usufructuario poderoso puede efectuar actos de administración dinámica.

[712] ANGOITIA GOROSTIAGA, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 203. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 983.

*6.6. ¿Tiene el usufructuario poderoso obligación de prestar alimentos a los hijos y descendientes del constituyente?* Constata GOIKOLEA MARTÍN[713] que mientras el comisario foral tiene tipificado tal deber (art. 38 LDCV), calla la regulación ayalesa. No obstante entiende que podría llegarse a tal conclusión por aplicación integradora o analógica de dicho precepto (art. 8 y 91.4 LDCV) o del supletorio art. 508 CC, que establece la obligatoriedad del usufructuario universal de pagar pensión de alimentos.

## 7. Ejercicio de la ordenación sucesoria mediante usufructo poderoso.

*7.1. Requisitos de la ordenación sucesoria mediante usufructo poderoso.*

7.1.1. Requisitos subjetivos. Aunque en principio la LDCV piensa en un único usufructuario, pueden ser varios, sin límite de número, (art. 91.3 LDCV) quienes ejercerán las funciones mancomunadamente[714], salvo que el instituyente hubiera establecido otra cosa (art. 897 CC y 40 LDCV, por analogía), que obviamente es la solidaridad. En caso de mancomunidad (art. 895 CC y 43 LDCV) valdrá lo que todos hagan de consuno, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número y (art. 40 LDCV)[715]. La solidaridad está regulada en el art. 1693 CC ("cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal").

7.1.2. Requisitos objetivos. El usufructuario poderoso puede efectuar uno o varios actos de institución o llamamientos (art. 93 LDCV)[716]. Puede ejecutar su encargo atribuyendo bienes a los sucesores a título universal o singular, por actos *inter vivos* o *mortis causa* (art. 91.2 LDCV) por lo que los efectos la aceptación por herederso, legatarios o legatarios en parte alícuota (art. 19 a 21 LDCV) están sujetos a sus respectivas reglas, aunque, no parece que sea posible que la donación que otorgue el usufructuario poderoso a favor de los que llame a la sucesión del causante sea propiamente tal donación acto bilateral sino unilateral, como veremos al hablar de la sucesión por comisario sujeta al Derecho civil vasco.

7.1.3. Requisitos formales. La mayoría de la doctrina[717] entiende que el *usufructuario poderoso* debe usar los mismos títulos formales para ordenar la sucesión

---

[713] 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. 763.

[714] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 343.

[715] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 974: En caso de ejercicio por varios, salvo disposición contraria del causante, carácter mancomunado, mayoría de votos y voto de calidad del viudo por su propia esencia. Nótese la analogía con la solución del CDFAragón.

[716] 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. 357. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 995.

[717] 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. 352 y 357: "La disposición de los bienes se puede realizar en todos los instrumentos públicos arriba designados, siendo destacable, por su novedad, la posibilidad de llevarla a cabo mediante "pacto sucesorio"; mención que implica una remisión al Capítulo Tercero del Título II de la Ley (artículos 100-124), aunque ya la sentencia de la Audiencia

que los que disponía el constituyente. O, por lo menos, ordenarla en escritura pública (testamento, donación, pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales) sin que sea necesario el otorgamiento en unidad de acto que exigía la Compilación de 1959, tal y como observa GOIKOLEA MARTÍN[718].

Aunque hay algún autor que niega que el *usufructuario poderoso* pueda ejecutar su encomienda en pacto sucesorio[719], la mayor parte de la doctrina se manifiesta a favor, sin perjuicio de que el pacto sucesorio otorgado por el delegado en nombre del causante como instituyente es materialmente irrevocable, esto es, el art. 44 LDCV prevalece sobre las causas de revocación y resolución de los art. 108 y 109 del mismo texto legal[720].

Sólo GIL RODRÍGUEZ[721], 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. Añade que, aun con vecindad civil vasca el *usufructuario poderoso* 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". La primera conclusión de dicho autor sólo puede entenderse desde el prejuicio de considerar que el *usufructuario poderoso* no es un representante del causante en su sucesión, por lo que debe otorgar testamento en nombre propio pero sobre los bienes del *de cuius*, opinión única en la doctrina estudiada en esta obra. Cabe oponer que la negativa a los pactos sucesorios como instrumento de ejecución del *usufructo poderoso* es directamente contraria al art. 89 LDCV.

*7.2. Efectos de la ordenación sucesoria mediante usufructo poderoso.*

7.2.1. La delación y la adquisición sucesoria. El efecto fundamental fundamental es la delación sucesoria en ese momento a favor de los beneficiarios a fin que éstos procedan a aceptar o repudiar su llamamiento[722]. Encuentro fundamento a tal conclusión en el art. 91.2 LDCV que "concede al usufructuario la facultad de disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes a favor de los

---

Provincial de Álava, Sección 1ª, de 19 de abril de 2004, había expuesto que era posible tal pacto sucesorio conforme a la Ley 3/1992". GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit. 994. 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. 744.

[718] 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. 746.

[719] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 993: "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".

[720] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 375-377. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 420.

[721] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 993.

[722] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 994.

hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo". Si los llamados aceptan tienen posesión civilísima retroactivamente concedida al momento de la muerte del causante (art. 17.2 LDCV y art. 440 CC).

7.2.2. La irrevocabilidad de la ordenación otorgada. GIL RODRÍGUEZ[723] entiende que los actos de ordenación de la sucesión otorgados por el *usufructuario poderoso* son irrevocables cuando se materializan a través de escritura pública entre vivos y revocables cuando se hace por testamento. Estoy de acuerdo con sus conclusiones acerca de los actos entre vivos (cfr. art. 44 LDCV y art. 644 y 1256 CC)[724]. Pero, en mi opinión, a la ordenación por testamento deberá dársele la solución de los art. 43.2 y 44 LDCV (por remisión de los art. 8 y 91.4 LDCV) como poder testatorio que se ejercita. De este modo, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho podrá hacer uso en su propio testamento ante notario del poder concedido por el causante, pero sólo para disponer entre los hijos o descendientes comunes y sólo en este caso podrá dar carácter revocable a la disposición realizada en nombre de su cónyuge o miembro de la pareja de hecho superviviente.

7.2.3. Generalmente la institución de sucesor supondrá la extinción del usufructo sobre los bienes objeto de dicha sucesión, salvo que el usufructuario fuere el viudo en cuyo caso se perpetuará tras la ordenación sucesoria ex art. 41.3 LDCV y D.Tª.3ª LDCV, de modo que los *nudos propietarios* pasarán de serlo en mera expectativa a serlo con carácter cierto. Al contrario, una vez extinguido el usufructo, por la razón que sea, el nudo propietario deviene propietario pleno y debe el usufructuario entregarle la cosa o los bienes usufructuados (art. 522 CC).

*7.3. Frustración del usufructo poderoso y repesca*[725]. En este supuesto, se plantea si no estando extinto el poder sucesorio por otra causa, particularmente expiración del plazo, los bienes objeto del acto de ejercicio del poder sucesorio anulado volverían a la disposición del usufructuario poderoso o se abriría la sucesión preventiva o la intestada, según el caso. Entiendo que el usufructuario poderoso sigue teniendo su potestad, por varios motivos: Por supletoria aplicación del art. 44 LDCV (art. 8 LDCV); porque fue la voluntad del causante delegar en el usufructuario y no que se abriese la sucesión abintestato (art. 89.1 y 91.1 LDCV); porque el ejercicio de la ordenación sucesoria por el usufructuario poderoso es esencialmente parcial y sin exclusiones de reentradas en la misma como en el caso del apartamiento (art. 91, 93 y 94 LDCV); porque la ineficacia de la ordenación sucesoria por el usufructuario no se contempla tal causa de extinción del usufructo conforme al art. 513 CC; y porque la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 excluye la extinción del cargo de comisario por que éste incurra en eventuales ilícitos civiles en el desempeño de su cargo.

**8. Extinción del usufructo poderoso.**

*8.1. Causas de extinción del usufructo poderoso.*

[723] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 995 y 996.
[724] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 344.
[725] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 343.

La primera cuestión que cabe plantearse es si procede la supletoria aplicación de los supuestos de extinción del poder sucesorio? Mientras GOIKOLEA MARTÍN se remite sin más a las mismas[726], GIL RODRÍGUEZ[727] rechaza que la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, nuevas nupcias, vida matrimonial de hecho o hijo no matrimonial del usufructuario por el estimable argumento que estos supuestos de extinción-sanción no los ha previsto el legislador. Para este autor no hay más que las siguientes causas de extinción a) la muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al usufructuario poderoso; b) las causas expresamente previstas por el constituyente, entre otras, c) la expiración del plazo establecido para el ejercicio del usufructo poderoso, si resultare más breve que la vida o la capacidad de obrar del fiduciario; d) la renuncia del usufructuario poderoso realizada en escritura pública; e) la revocación, expresa o tácita.

Por mi parte, voy a seguir mis anteriores reflexiones sobre el particular[728], deducidas del tenor del art. 513 CC, en defecto de las causas señaladas por el instituyente:

8.1.1. Muerte del usufructuario poderoso (art. 513.1º CC)[729]. Causa lógica, por ser un cargo personalísimo (art. 92 LDCV). Por el contrario (cfr. art. 45.1 LDCV) no parece razonable que la imposibilidad o incapacidad sobrevenida del usufructuario extinga este derecho, aunque posiblemente no pueda ejercer el poder sucesorio implícito. En tal caso, estaríamos en presencia de otro carácter distintivo entre la figura del usufructo poderoso y el comisario sujeto a la LDCV.

8.1.2. Por expirar el plazo o cumplirse la condición (art. 513.2º CC). Ya hemos visto, al contrario que en Bizkaia y Gipuzkoa, que la Ley no prevé plazo de expiración del usufructo poderoso, lo que es lógico dado el carácter generalmente vitalicio del usufructo (art. 513.1º CC)[730], salvo en el caso de la persona jurídica cuyo usufructo se extingue a los 30 años (art. 515 CC).

8.1.3. Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (art. 513.3º CC). Caso posible en el supuesto de que el usufructuario disponga a favor de sí mismo, siempre que esté dentro de la gama de beneficiarios señalados por el instituyente (art. 91.2 LDCV).

8.1.4. Por renuncia del usufructuario (art. 513.4º CC)[731].

---

[726] 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. 764.

[727] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 997.

[728] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 344. a 346.

[729] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 997.

[730] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 986. GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "*Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*", obra cit., pp. 752.

[731] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 997. La renuncia previa puede hacerse de cualquier en cualquier forma (STS, Sala 1ª, de 23-10-1923 y 19-04-1963). Por otra parte la renuncia, previa o sobrevenida, una vez efectuada, es irrevocable. También podemos plantearnos si cabe renunciar a las

8.1.5. Por pérdida total de la cosa usufructuada (art. 513.4º CC)[732].

8.1.6. Por resolución del derecho del constituyente (art. 513.5º CC)[733].

8.1.7. Por prescripción (art. 513.6º CC) tanto extintiva, por no usarse el cargo/derecho del usufructuario poderoso, como usucapión de bienes y derechos por un tercero en un plazo mas breve (art. 1930 y ss. CC).

8.1.8. No parece posible que el usufructuario pueda ser removido del cargo por incumplimiento de sus deberes, tanto porque la solución dada para el usufructo por el art. 494 CC es el cumplimiento de dichas obligaciones en forma específica o en equivalente, como que tampoco es causa de extinción del poder testatorio[734].

8.1.9. Por revocación. Hemos de distinguir entre el usufructo como derecho concedido a alguien del poder testatorio en sí mismo. Este último aspecto es un cargo revocable por el causante hasta el fallecimiento (art. 737 CC) e irrevocable desde ese momento (art. 18 y 89.1 LDCV y 658 CC), a salvo que se inserte en pacto sucesorio o en testamento mancomunado con carácter correspectivo[735]. Sin embargo, en cuanto al usufructo si su perfección tuvo lugar por acto entre vivos es en principio irrevocable (art. 644 y ss. y 1256 CC).

8.10. Por consumación o cumplimiento total del encargo.

---

facultades de comisario y no a las del usufructo y no encontramos argumento en contrario, máxime porque el art. 91.2 LDCV habla de otorgarle "la facultad de disponer…", por tanto, un derecho, no una obligación del usufructuario poderoso. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 985 se plantea la posible pérdida de lo dejado por el causante en supuestos de renuncia injustificada e incluso la responsabilidad por daños y perjuicios. En sentido similar para el heredero distribuidor mallorquín, 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. 868.

[732] Aparte de las disposiciones de los art. 517 y 518 CC sobre el usufructo constituido sobre un edificio, es obvio, y así lo señala el art. 514 CC, que continuará el usufructo en la parte que no se hubiere perdido, lo que ha de ponerse en relación con que la pérdida de la cosa usufructuada tendrá lugar igualmente por la disposición sucesoria de la misma lo que supone que es un usufructo universal no sobre una masa informe sino sobre todos y cada uno de los bienes que grava (art. 91.2 LDCV).

[733] Pero las acciones resolutorias no procederán contra los terceros que tuvieran inscritos los títulos de sus derechos, salvo en los casos de excepción que determina el art. 37 Ley Hipotecaria.

[734] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 337. Las SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 3ª, de 01-12-2015 parecen apuntar a que no cabe remover al comisario foral de su cargo por incumplimiento de sus deberes (cfr. art. 910 CC), aunque la última sí alude a su posible responsabilidad. Igualmente puede tener responsabilidad concursal (art. 164.2.4 y 172 de la Ley Concursal). En sentido contrario, ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 240 y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 997: cuando, a instancia de los designados por el constituyente o de sus hijos o descendientes no apartados, se acredite que el usufructuario, bien ha incurrido en causa de indignidad sucesoria, bien se conduce con grave incumplimiento de sus facultades y obligaciones; tanto por desatender las mismas con negligencia grave o generalizada, como por exceder dolosamente de los límites a que su ejercicio queda sujeto.

[735] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 977 y 978.

8.11. Causas de indignidad para suceder en que incurra el usufructuario poderoso para con el causante o descendientes de éste (art. 756 y 757 CC), salvo si la institución se constituyó siendo conocidas por el causante (art. 8 y 45.6 LDCV). En Derecho Civil interregional español comparado se suele añadir como causa de extinción de la fiducia la pérdida de la patria potestad respecto de los hijos comunes (beneficiarios presuntos), como causa que presupone la pérdida de la confianza en el fiduciario[736]. Pero dado el carácter más taxativo de la regulación vasca no creo que sea de aplicacón dicha causa.

*8.2. Efectos de la extinción del usufructo poderoso.* Se estará en primer lugar a lo ordenado por el constituyente. Si designó sustituto para el cargo, entrará éste a desempeñarlo. A falta de tal designación, si hay pluralidad de usufructuarios poderosos (sean mancomunados o solidarios) se continuará ejerciendo por los demás en la forma respectiva. En tal caso, como el delegado no es albacea, sino usufructuario no se aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el acrecimiento o concentración de funciones entre los mismos sino el art. 521 CC ("El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere")[737].

En los demás casos, ora se abrirá la sucesión testada ("*testamento preventivo*"), pero es difícil que se dé la abintestato por cuanto al señalar el causante grupo de legitimarios parecerían excluidos los familiares no reseñados, en cuyo caso, la parte de los bienes vacantes de designación sucesoria delegada acrecería entre los previamente favorecidos por el usufructuario poderoso[738]. En sentido contrario se pronuncia, con más lógica a mi entender, TAPIA PARREÑO[739] para el que el art. 93 LDCV impone que las personas que se han visto beneficiadas con algún bien quedan excluidos de esos bienes que todavía no se hubiesen dispuesto.

El usufructuario tiene, sin embargo derecho de retención por los reintegros que son a cargo del propietario y, por último, hecha la entrega, se cancela la fianza (art. 522 CC).

[736] GARCÍA RUBIO, María Paz, "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 91, RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia entre cónyuges*, obra cit., pp. 364

[737] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 343.

[738] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, "El usufructo poderoso del Valle de Ayala", obra cit., pp. 187. CELAYA IBARRA, Adrián, "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", obra cit., pp. 584 y 585. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 497. GOIKOLEA MARTÍN, Luis-Ángel, "*Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*", obra cit., pp. 756.

[739] 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. 361.

## III. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE BALEARES. MALLORCA Y MENORCA.

### 1. Antecedentes y regulación actual del heredero distribuidor.

VERGER GARAU[740] atribuye origen consuetudinario a la delegación sucesoria en Mallorca y Menorca (denominada heredero distribuidor), y estudia ciertos precedentes romanos y canónicos que no considera definitivos. NÚÑEZ IGLESIAS[741] reseña que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior a la Compilación de 1961, ha sancionado reiteradamente la existencia en Baleares de la costumbre de nombrar al cónyuge heredero o usufructuario, con la facultad de disponer *mortis causa* a favor de los hijos comunes. Coinciden CERDÁ GIMENO y JIMÉNEZ GALLEGO[742] en el escaso éxito de la figura tanto en Mallorca como en Menorca.

Añade el último autor citado que la Ley 5/1961, de 19 de abril Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares reguló esta institución en los art. 18 a 23 de modo que el distribuidor necesariamente debía ser heredero del causante y persona física, no jurídica, aunque en Mallorca también podía nombrarse en la escritura de donación universal (art. 13 y 65 CDCBaleares). Y concluye que la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares según redacción dada por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, no ha variado sustancialmente lo previsto en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares –CDCBaleares-, que sólo ha dado algún retoque formal y ha admitido para el Derecho de Menorca instituir al heredero distribuidor mediante la donación universal. Concluye comentando que, como en otras materias, se ha desaprovechado la ocasión para, como mínimo, modificar preceptos que planteaban problemas interpretativos.

La regulación se halla en los art. 18 a 23 CDCBaleares, según redacción dada por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, sección 1ª ("De la institución de heredero"), Capítulo III ("De la sucesión testada"), Título II ("De las sucesiones"), del Libro I ("De las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca"), igualmente aplicable en Menorca.

---

[740] VERGER GARAU, Juan, en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 338 y ss.

[741] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 328: "La sentencia de 1 de julio de 1871 declaró vigente, en Mallorca, la práctica catalana de conferir a la mujer la elección del heredero propietario. De igual modo, la sentencia de 29 de enero de 1883 habló de «la costumbre observada en Cataluña y Mallorca y sancionada por la jurisprudencia de que pueda el marido conferir a su mujer la facultad de elegir heredero universal de los bienes de aquél entre los hijos de ambos, al que mejor le pareciese». La sentencia de 31 de marzo de 1856 sienta la doctrina de que el principio *deambulatoria est voluntas usque ad mortern*, vale para el que dispone como dueño de los bienes, pero es inaplicable al encargado de elegir (llamado aquí «distributario»), a no ser que el causante se lo haya conferido; es decir, que la elección, incluso la realizada en testamento. es irrevocable. Sin embargo, las sentencias de 29 de enero de 1883 y de 17 de febrero de 1894 establecieron el criterio contrario: que la elección o distribución, hecha en acto de última voluntad, debía considerarse revocable, como corresponde a los actos de esta naturaleza. En la sentencia de 10 de diciembre de 1931 se trata de un caso en el que los distribuidores son los parientes". También en pp. 338 se cita la Doctrina, Maura, Pascual, que recogen las tradiciones, esencialmente mallorquinas y menorquinas.

[742] CERDÁ GIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1283. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro.* Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2019. ISBN: 9788417985233, pp. 349.

**2. Concepto, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres del heredero distribuidor.**

*2.1. Concepto de heredero distribuidor.* Los art. 18 y ss. CDCBaleares regulan esta figura[743] que suele ser denominado "heredero distribuidor" o "distribuidor".

Este nombre proviene según JIMÉNEZ GALLEGO[744] de que "es un sucesor del causante, ya sea heredero o usufructuario, que tiene el encargo de elegir heredero o, como mínimo, de asignar los bienes hereditarios entre personas pertenecientes a una categoría de personas designada por el causante. El encargo es una facultad conferida al distribuidor, pues le otorga un poder jurídico, pero también es una limitación al derecho que adquiere sobre los bienes hereditarios, ya que, a salvo lo dispuesto por el causante, no los puede hacer definitivamente suyos". Esta definición es muy similar a la de la STS, de 24-05-1963[745] y a la de CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[746].

VERGER GARAU[747] lo define de modo más completo: "El testador mallorquín o menorquín puede delegar en su heredero o sucesor la facultad de distribuir los bienes adquiridos, libremente o con las limitaciones que aquél establezca, a favor de una o varias personas que formen parte de un grupo determinado de parientes del propio testador o/y del mismo heredero y para el supuesto de que éste no haga uso de dicha

[743] Art. 18 CDCBaleares: "El testador podrá encomendar al instituido heredero, aunque solamente lo sea en el usufructo de todos los bienes de la herencia o de una parte de estos, así como al legatario llamado al usufructo universal de ésta, que, por acto entre vivos o de últimas voluntades, los asigne a uno o los distribuya entre varios parientes de aquél o del mismo distribuidor, o que elija, entre todos ellos, heredero o herederos, en partes iguales o desiguales, resultando excluidos los no elegidos. En todo caso, quedarán a salvo las legítimas, que se harán efectivas según lo que disponga el mismo distribuidor de acuerdo con esta Compilación. El encargo comprenderá las facultades de distribución y elección, salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a una sola de ellas. La distribución o elección han de hacerse libremente o con las condiciones que el testador haya establecido, sin que, en ningún caso, puedan sobrepasarse los límites señalados para las sustituciones fideicomisarias. Sin embargo, podrán ordenarse por el distribuidor sustituciones vulgares en fideicomiso a favor de personas que estén incluidas en el indicado grupo de parientes. Las legítimas se defieren, también en estos supuestos, desde la muerte del testador, y se podrán pagar, sin otras formalidades especiales, en metálico, si aquél no lo ha prohibido y el distribuidor así lo dispone. Sin embargo, si el día en que quede efectuada definitivamente la expresada elección o distribución aún no se han exigido las legítimas ni hecho efectivas las que deban satisfacerse en metálico, se contarán precisamente desde dicho día los plazos a los que se refiere el párrafo cuarto del artículo 48 para comunicar la decisión de pago de las legítimas en dinero y para efectuar su entrega por el heredero o herederos".

[744] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit. pp. 348.

[745] Dice la STS, de 24-05-1963: "el heredero fiduciario recibe los bienes, bien en concepto de usufructuario bien en el de propietario, con la obligación de transmitirlos a determinadas personas que el testador señala, por actos mortis causa o inter vivos y en la forma y condiciones que en la disposición se establezcan; que evidentemente, fiduciario facultado como heredero distributario para designar al propietario definitivo, viene obligado a atenerse al hacer la elección a las normas que el testador hubiere señalado".

[746] Según 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 855: "La institución del heredero distribuidor se produce cuando el testador delega en su sucesor (el distribuidor) la facultad de elegir heredero (encargo de elección) y/o de distribuir los bienes adquiridos (encargo de distribución), libremente o con las condiciones, términos y modos que el testador establezca, entre una o varias personas (beneficiarios) que forman parte de un grupo determinado de parientes del propio testador y/o del heredero distribuidor".

[747] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales,* Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 338 y ss.

facultad suele el testador establecer, o en su defecto determina actualmente ley, de manera supletoria, como se ha de distribuir su herencia entre dichos parientes". Esta misma facultad, añade, se otorga por al donatario universal y al legatario respecto de los bienes legados.

*2.2. Naturaleza jurídica del heredero distribuidor.* VERGER GARAU[748], se acoge expresamente a que opera la teoría de la voluntad integradora citando a PUIG FERRIOL[749]: "La misión del elector es por tanto, como dice PUIG FERRIOL la de integrar parcialmente la disposición de última voluntad del causante, quien se remitió al juicio de terceros en cuanto a la determinación de la persona del destinatario o la cuantía de las participaciones".

No obstante la peculiaridad más destacada de esta institución es la concurrencia de las figuras del delegado para testar y la del fiduciario de la sustitución fideicomisaria, que resulta del art. 23 CDCBaleares *in fine*: "No sólo los parientes instituidos herederos, en el fideicomiso de elección, sino también el asignatario o los destinatarios de los bienes, en el fideicomiso de distribución, tendrán la condición de herederos del testador".

Como aclaran VERGER GARAU y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[750] cuando al distribuidor Mallorquín se le llama fiduciario, no se hace en el 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".

En suma, como afirma la doctrina el art. 23 CDCBaleares, sin llegar a calificar al distribuidor como fiduciario, establece una cierta equiparación a éste, pues presenta

---

[748] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales,* Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp., 353: "Al ejercitar esta facultad el distribuidor hace una manifestación o declaración de voluntad propia, dirigida a integrar y completar, mediante la elección o distribución, la disposición del causante el que únicamente se limitó a señalar el grupo de parientes, sin determinar quien o quienes entre ellos ha de ser su heredero o herederos, ni especificar las cuotas, ni tampoco como los bienes hereditarios han de distribuirse entre ellos. La misión del elector es por tanto, como dice PUIG FERRIOL la de integrar parcialmente la disposición de última voluntad del causante, quien se remitió al juicio de terceros en cuanto a la determinación de la persona del destinatario o la cuantía de las participaciones. Sin embargo la elección de heredero o la distribución de la herencia no puede decirse, opinaba MARTÍ MIRALLES que, sea parte integrante del primer testamento, como declaraban las Sentencias del T. S. de 22 octubre 1864 y 3 febrero 1882, que se poyan en esta afirmación para considerar que el segundo testamento, por el hecho de integrar el primero era irrevocable. La elección o distribución efectuada por el heredero distribuidor, si bien integra y completa la voluntad del causante, es distinta y separada de la de éste por ser una consecuencia ulterior del testamento que otorgó, en el".

[749] PUIG FERRIOL, Luis, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, Vol. 1º. 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.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 272.

[750] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 353 y ss. 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 866.

rasgos propios de la sustitución fideicomisaria[751] al disponer que el distribuidor tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como tal.

Concluye CARBALLO FIDALGO[752] 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".

*2.3. Diferencias del heredero distribuidor con figuras afines.* Superando las conexiones poliédricas con figuras semejantes que señala VERGER GARAU[753], CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[754] tipifican la figura dentro de los fideicomisos pero señalan certeramente los rasgos separadores de otras figuras similares, también señaladas por la jurisprudencia[755].

2.3.1. Respecto de la sustitución fideicomisaria (art. 25 CDCBaleares)[756]. El heredero distribuidor "si bien es cierto que participa en cierta medida de la naturaleza de una vocación indirecta o se pueden alcanzar objetivos similares a los de la sustitución fideicomisaria, no se puede hablar de una identidad entre ambas instituciones" (SAP de Baleares, sec. 3ª, de 09-05-2000). Se distinguen en que: a) el beneficiario lo elige el propio distribuidor, cosa que no ocurre en la sustitución fideicomisaria; la forma de distribuir los bienes depende de la voluntad del distribuidor (y no del fideicomitente), sin perjuicio de que subsidiariamente y para el caso de que no haga uso de dicha facultad el causante deje establecido quiénes y cómo han de suceder; b) el heredero distribuidor no puede detraer la cuarta trebeliánica (art. 29 CDCBaleares); c) el heredero distribuidor pierde el goce de los bienes si hace la distribución por acto *inter vivos*; d) si tal distribuidor, en uso de la facultad que se le concede dispusiese de todos los bienes por actos *inter vivos*, no quedaría porción hereditaria transmisible a su muerte y

[751] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales,* Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 355-357: Explica que el tipo puede bascular más hacia la sustitución fideicomisaria cuando existen legitimarios del causante pues debe disponer necesariamente de la cuarta trebeliánica a favor de éstos. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 357. También RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1378.

[752] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 4.

[753] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit.,* pp. 353 y ss.

[754] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 866.

[755] Cfr. SAP de Baleares, sec. 5ª, de 17-10-2002: Sin que a ello obste el hecho de que el fideicomisario sea a la vez heredero universal voluntario y único del fiduciario, pues conforme a las STS de 22-07-1994 y 22-11-1996 los fideicomisarios heredan del fideicomitente y no de los fiduciarios, respecto de la que son terceros, aunque no se trata de un supuesto en los cuales el fideicomisario sea a la vez heredero del fiduciario, tal principio se estima igualmente aplicable al caso enjuiciado. Asimismo, del segundo párrafo del artículo 23 de la Compilación, relativa al fideicomiso de distribución, se dice que el asignatario o destinatario de los bienes tendrán la condición de herederos del testador.

[756] Resume JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 357: "La gran diferencia con la sustitución fideicomisaria es, de *lege data*, que el distribuidor elige los beneficiarios y/o realiza las asignaciones de bienes, mientras que los fideicomisarios quedan designados por el causante, aunque basta que sean determinables, No obstante, no resulta esencial al fideicomiso que el fiduciario no pueda elegir fideicomisarios, aunque la Compilación no lo permita.".

desaparecería la posibilidad de la sustitución (STS de 25-04-1951); e) los herederos favorecidos por el distribuidor pueden adquirir derechos sobre la sucesión del causante antes de fallecer dicho distribuidor, mientras que en el fideicomiso, los fideicomisarios tienen simplemente un derecho expectante que pende del cumplimiento de la condición que obligue al fiduciario a transmitirles los bienes. Y f) si la distribución de los dichos bienes se hubiera realizado mediante actos mortis causa, se habría efectuado una designación testamentaria de heredero o legatarios, distinta, por su naturaleza, del fideicomiso (STS de 25-04-1951).

2.3.2. Respecto de la fiducia sucesoria de Ibiza y Formentera (art. 71 CDCBaleares). Según ESCOLÁN REMARTÍNEZ[757] esta última no confiere al fiduciario titularidad alguna de disfrute, ni tampoco como titular intermedio en tránsito entre el causante y el sucesor final, pero le otorga lo que la doctrina actual denomina titularidad de disposición sin atribución patrimonial, que es «aquella facultad o poder dispositivo que actúa sobre patrimonio ajeno y sin existir representación», o sea como el mismo destaca «un supuesto de legitimación indirecta»".

2.3.3. Respecto del heredero de confianza[758]. Según VERGER GARAU[759] el heredero de confianza en las regulaciones catalana y navarra, mientras no ha revelado la confianza, es sólo un heredero y una vez manifestada la confianza, al determinar los herederos conforme a instrucciones secretas, se convierte en un simple ejecutor testamentario. Añade MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[760] "No hemos de confundir, sin embargo, esta figura con el «heredero de confianza», ya que el heredero distribuidor» balear supone una facultad extraordinaria concedida al heredero". Es decir, el heredero de confianza está obligado a ejecutar su cometido en el *an* y en el *modus* y el heredero distribuidor tiene libertad de elección de sucesores *in incertum de certis*.

*2.4. Caracteres del heredero distribuidor.*

2.4.1. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante que prevalece siempre (art. 18 CDCBaleares)[761]. El heredero distribuidor como sucesor del causante, no parece que pueda modificar sus disposiciones sucesorias, sean anteriores o posteriores a su nombramiento.

2.4.2. Cargo revocable en cualquier momento, consecuencia de su carácter de negocio jurídico testamentario. Si se nombra heredero distribuidor mediante donación universal (art. 8 CDCBaleares) CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[762] implícitamente lo entienden irrevocable, a lo que se opone JIMÉNEZ GALLEGO[763] para quien, aunque la donación es un pacto sucesorio, el nombramiento de distribuidor

[757] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 159.
[758] Art. 424-11 a 424-15 CCCataluña y ley 289 y ss. Compilación de Navarra.
[759] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 404.
[760] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 63.
[761] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1379.
[762] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 859.
[763] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 359.

es una decisión unilateral del causante-donante y, como tal, igualmente irrevocable con carácter unilateral. Para GARRIDO MELERO[764] la posibilidad de revocación de las facultades fiduciarias conferidas dependerá del acto o negocio jurídico en que se contengan: si es unilateral, no existen obstáculos; si es bilateral o multilateral, no se podrán revocar cuando el convenio versaba sobre la designación fiduciaria, siendo posible, por el contrario, cuando ésta se incorporó como disposición unilateral aprovechando ese documento.

2.4.3. Voluntario, pues siendo el delegado un heredero (o legatario) es precisa su aceptación como tal, quien no obstaente puede aceptar a beneficio de inventario (art. 31 CDCBaleares) pero debe cumplir su encargo una vez aceptado.

2.4.4. Personalísimo. Dispone el art. 19 CDCBaleares que "El distribuidor ha de ejercitar dichas facultades personalmente, pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona". Dicho precepto en opinión de VERGER GARAU, CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y JIMÉNEZ GALLEGO[765] da un carácter personalísimo al heredero distribuidor con la sola excepción de uso de un apoderado mediante poder especial (art. 12 CDCBaleares) que sea poco menos que un *nuntius*. El causante y el distribuidor pueden nombrar albacea (art.19 pfo. 1º CDCBaleares) y desde luego contador partidor, como resolvió la STS de 18-10-1977.

2.4.5. Los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión están en situación de mera expectativa subordinada, doblemente, primero a que el pariente sea elegido heredero y segundo que en el momento en que se le defiera la herencia dicho pariente sea viviente y sea capaz para aceptar la herencia[766].

Según JIMÉNEZ GALLEGO[767] esta cuestión de la supervivencia del beneficiario al distribuidor es esencial, pues por la premoriencia de alguno de los

---

[764] GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado.* Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1205.

[765] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 372; 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 874 y JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 560: "El art. 12 admite la representación por poder especial. Pilar Ferrer señaló que «no es suficiente un poder general, donde se legitime al representante a otorgar donación, sino que requiere un poder específico para la donación universal. Tendríamos que entender que este poder especial debería contener los términos y pactos a estipular en el otorgamiento de la donación, ya que, el efecto *ex lege* de la donación universal es el de heredero». Esta es también nuestra opinión. No puede otorgarse donación universal, como donante heredante, por poder, a menos que se trate de un poder especialísimo en que el apoderado actúe como un mero *nuntius*, al menos en lo referido a la persona del donatario y las distintas categorías de bienes (reservados, excluidos, futuros) y el ámbito dispositivo que el donante se reserva sobre cada una. No es suficiente un poder que faculte para otorgar escritura de donación universal. sin precisar los detalles. La institución de heredero exige esta especialidad. En cualquier caso. la actuación personal del donante siempre será lo más recomendable".

[766] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales,* Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 392 y 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 884.

[767] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 355.

parientes beneficiarios entre quienes había de elegir, los sucesores de éstos no adquieren derecho alguno en la herencia del causante (art. 19 CDCBaleares) sino que el beneficiario será el distribuidor investido con facultades de elección o de mera distribución, o sea, se purificará su llamamiento. Esto no será el caso del legatario del usufructo universal quien, al no ser heredero fiduciario no purificará su llamamiento[768].

2.4.6. Cargo vitalicio salvo si el causante ordenara otra cosa[769].

2.4.7. Cabe plantearse la responsabilidad del heredero distribuidor por las deudas de la herencia. Según JIMÉNEZ GALLEGO[770] el art. 23 CDCBaleares, sin llegar a calificar al distribuidor como fiduciario, establece una cierta equiparación a éste, al disponer que el distribuidor tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como "heredero fiduciario". De ello concluimos que resultará obligado personalmente por su aceptación por las deudas hereditarias a menos que acepte a beneficio de inventario (art. 31 CDCBaleares). Sin embargo, si el distribuidor es legatario del usufructo universal, no es considerado heredero, como veremos y, en buena lógica, respondería como todo usufructuario de su administración de la herencia, pero no de las deudas del causante.

**3. Clases de heredero distribuidor.**

Según el art. 18 CDCBaleares el "heredero distribuidor" puede acogerse a alguna de las siguientes modalidades que según VERGER GARAU y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[771] se caracterizan respectivamente por:

*3.1. Heredero distribuidor nombrado heredero universal con obligación de disponer.* Sus facultades serán tanto de elegir, como la de distribuir. Esto es, tal y como veremos después, instituir heredero a uno o más de los parientes elegibles, quedando apartados definitivamente de la herencia los demás. Distribuir es asignar los bienes de la herencia del testador entre los parientes en las partes iguales o desiguales que estime conveniente, y también adjudicar todos los bienes a uno solo.

*3.2. Heredero distribuidor nombrado heredero usufructuario universal o de una parte con facultad de disponer (elegir o distribuir).* Explican CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[772] que una de las soluciones testamentarias más

[768] 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,* ed. 2016, obra cit., pp. 864. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 352.

[769] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 359. 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,* ed. 2016, obra cit., pp. 874.

[770] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 357.

[771] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales,* Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 377; 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 866.

[772] 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,* ed. 2016, obra cit., pp. 864, explican que en tales casos se suele incluir una cláusula de disposición

comunes consiste en instituir herederos universales, como heredero-usufructuario al distribuidor, y como herederos-propietarios a aquél o aquéllos de los hijos comunes o parientes del testador que el distribuidor elija. Pero surge la pregunta de quién es el nudo propietario mientras no se haga la elección (art. 18 CDCBaleares). CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[773] afirman en base al art. 15.2 CDCBaleares que el usufructuario será considerado legatario de la cosa cierta (el usufructo) y heredero universal de la nuda propiedad, si bien meramente fiduciario. JIMÉNEZ GALLEGO[774], entiende los ap. 1 y 2 del art. 15 CDCBaleares como que "no hay heredero universal (heredero propietario). No lo habrá hasta que se realice la elección" pero si los elegidos premueren al distribuidor o renuncian, "el heredero usufructuario quedará convertido, ex nunc, en heredero propietario, pleno y libre".

*3.3. Legatario del usufructo universal nombrado distribuidor.* Según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[775] esta modalidad no se especificaba en los textos anteriores a la modificación de la Compilación en 1990. En este caso, el legatario del usufructo sobre todos los bienes de la herencia tiene iguales facultades de disfrute, incluso de disposición por actos entre vivos, pero no puede ser considerado heredero fiduciario, por lo que no tiene lugar el acrecimiento de la nuda propiedad a su favor caso de premoriencia o renuncia de los llamados. En el mismo sentido, JIMÉNEZ GALLEGO[776]. También coinciden estos autores en que debería llegarse de *legae ferenda* a conceder el acrecimiento de la nuda propiedad al legatario por premorencia o renuncia de los herederos llamados. Pero como la ley no lo prevé así, si el legatario distribuidor no ejecuta el encargo de elección, todos los elegibles premueren al distribuidor, o renuncian a su llamamiento se abrirá la sucesión intestada del causante.

**4. Requisitos del heredero distribuidor.**

*4.1. Requisitos subjetivos.* Hay tres sujetos protagonistas de la figura, el causante u ordenante, el distribuidor y el beneficiario.

Dado que la normativa autonómica de Baleares carece de regulación propia sobre la discapacidad, le resulta de aplicación, como en el Derecho Civil Vasco, las modificaciones introducidas en el Código civil por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El análisis en profundidad de la relación entre personas con discapacidad y delegación de la facultad de testar se hará en la parte de esta obra que trata de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

---

autorizando al distribuidor la facultad a enajenar o consumir los bienes que estime necesarios o convenientes para atender a su subsistencia y necesidades o las de los hijos comunes, sin necesidad de autorización judicial ni intervención de persona alguna.

[773] Ibídem.

[774] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 348.

[775] Ibídem.

[776] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 352.

4.1.1. El causante u ordenante. a) Legitimación. Ha de tener vecindad civil "local" de Mallorca o Menorca (art. 2.2, 18 y 65 CDCBaleares y art. 9 y 13 CC)[777] u otro punto de conexión que así lo permita[778], p.ej. conforme al Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, algo muy importante en dichas islas dada la cantidad de extranjeros en las mismas residentes[779]. b) Capacidad. El causante ha de ser capaz para testar (art. 662-666 CC, 14 años), salvo que ordene heredero distribuidor en donación universal, en cuyo caso (art. 12 CDCBaleares) el donante deberá tener la libre disposición de sus bienes (mayoría de edad, 18 años, art. 322 CC) y el donatario capacidad para contratar (emancipado, art. 323 y 1263 CC)[780].

4.1.2. El distribuidor. a) Capacidad. Según VERGER GARAU, JIMÉNEZ GALLEGO y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[781], cualquier persona que tenga capacidad para ser nombrado heredero puede ser, en principio, instituido heredero distribuidor. La capacidad del distribuidor, según dichos autores, se rige por las reglas generales de Derecho común (art. 744, 766 y 791 CC) que son supletorias (art. 1.3. CDCBaleares). b) Legitimación. Se plantean dudas como si las personas morales pueden ser distribuidores y si han de ser o no instituidos herederos en sentido propio. (i) VERGER GARAU[782] entiende que la CDCBaleares no prohíbe que las personas

[777] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales,* Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 381; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1375.

[778] En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Cfr. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. Y URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[779] En tal sentido, confirmando la revocación de la RDGRN de 24-05-2019, se ha pronunciado la STSJ de Baleares (Sala Civil y Penal) de 14-05-2021: "Más allá del caso concreto, la conclusión que podemos extraer, y que no podemos sino confirmar es que, careciendo los extranjeros de vecindad civil, cuando la norma de conflicto internacional nos lleve a una de las normas españolas habrá que elegir la del lugar de residencia de éste, por lo que su sucesión podrá estar sometida a cualquiera de los derechos existentes". Citada por IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, en "El Tribunal Superior de Justicia de Baleares confirma la aplicación del pacto de definición a un causante extranjero residente en Mallorca". Recuperado de http://www.forulege.com/?atala=bloga_ikusi&id=1653&hizkuntza=1.

[780] GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1201.

[781] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 387; JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 353; 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 857.

[782] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp. 388 y 389: "Sin negar absolutamente la posibilidad legal de que pueda ser heredero distribuidor de los parientes del testador una persona jurídica, entiendo que prácticamente la posibilidad de serlo resulta muy reducida, porque no resulta fácil depositar la confianza para nombrar heredero en un ente no individual como las personas colectivas, por otra parte su duración normalmente indefinida exigiría establecer un plazo de duración a su función e indirectamente a la institución de heredero, lo que si bien va contra la prohibición de señalar un término resolutorio (art. 16 de la Compilación) sin embargo al producirse por virtud del nombramiento de heredero sucesivo una sustitución fideicomisaria, ésta, en cierta medida al menos, acepta el juego de los plazos resolutorios y suspensivo o sea que son titulares y de los bienes fideicomitidos sucesivamente primero el fiduciario y después del fideicomisario. Por otra parte, el objeto de las personas jurídicas puede limitar en principio la capacidad de sus representantes para

jurídicas puedan ser herederos distribuidores, si bien señala sus inconvenientes, inconvenientes que no observa para que sean meros albaceas. Al contrario, CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[783] entienden que la regulación balear presupone una persona física como fiduciario y que serían precisos cambios normativos para autorizar a la persona jurídica, pues el art. 18 CDCBaleares utiliza la palabra "parientes" y el art. 22 CDCBaleares habla de "premoriencia", en lo que coinciden con JIMÉNEZ GALLEGO[784], quien añade como argumento el art. 19 CDCBaleares cuando dispone "El distribuidor ha de ejercitar dichas facultades personalmente" y que parece contrario al Derecho histórico. Además este autor es contrario a que de *lege ferenda*, se permita a futuro que el distribuidor pueda ser una persona jurídica. (ii) Por otra parte, parece ser opinión común que el distribuidor ha de ser instituido heredero por el causante (de todo o parte de la herencia o incluso heredero usufructuario). Se plantea, no obstante, la doctrina si puede ser distribuidor un heredero en cosa cierta y determinada o un legatario. VERGER GARAU[785] milita a favor porque "pueden atribuir, aunque no lo diga dicho artículo (18) expresamente (…) al legatario que se le deje la propiedad de ciertos bienes (…) Del artículo 13 de la Compilación resulta que se puede también encomendar las facultades de distribución al donatario universal de bienes presentes y futuros, el que tiene la condición de heredero del donante (art. 10) y según el mismo artículo 13 igualmente se puede atribuir dichas facultades a otra persona". LLODRÁ GRIMALT[786] entendió inicialmente que sí, "puesto que el testador puede nombrar legatarios de cosas concretas o determinadas para que las asignen o distribuyan entre determinados parientes". No obstante, CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[787] entienden ahora que el art. 18 es la excepción al art. 15.2 CDCBaleares, que el legatario de usufructo es el único legatario-distribuidor permitido. JIMÉNEZ GALLEGO[788] disecciona el problema y concluye que puede ser distribuidor un heredero en cosa cierta siempre que no tenga que ser considerado legalmente como legatario. (iii) El heredero

---

actuar en cumplimiento de la finalidad requerida por la institución de heredero distribuidor, lo que viene agravado por la prohibición de que no se puede constituir una fundación para distribuir los bienes o nombrar heredero entre los parientes, pues las fundaciones han de tener necesariamente finalidades públicas y no sólo privadas (arts. 37 y 788 del C.c.). Mucho más adecuado resulta que una persona jurídica pueda ser albacea con el encargo de ejecutar simplemente la voluntad del testador". También RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1376.

[783] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 858.

[784] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 353.

[785] Ibídem.

[786] LLODRÁ GRIMALT, Francesca, "El heredero distribuidor", en María Pilar Ferrer Vanrell (coord.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2003, ISBN: 84-7632-666-1, pp. 343.

[787] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 864.

[788] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 353: "Hay argumentos a favor. La ley permite nombrar distribuidor a un usufructuario de "parte" de los bienes de la herencia, y no fija un "mínimo" cuantitativo. En consecuencia, si puede serlo un usufructuario de unos pocos bienes, o de uno solo, con igual o mayor razón lo podría ser alguien que recibe un bien o unos pocos bienes en plena propiedad. Además, el art. 18 utiliza la expresión "heredero" sin distinguir, con lo cual, todo heredero, ya sea universal, o *ex re certa*, o *excepta re certa*, podrá serlo. Pero también hay argumentos en contra. Si ese heredero en cosa cierta debe considerarse legatario en aplicación del art. 15, parece que nos salimos del art. 18, que exige que el distribuidor sea heredero o legatario de usufructo universal. Por tanto, nuestra postura es que puede ser distribuidor un heredero en cosa cierta siempre que no tenga que ser considerado legalmente como legatario".

distribuidor no ha de tener vecindad civil de Mallorca o Menorca[789] ni ser pariente del causante[790].

4.1.3. El beneficiario. a) Legitimación. La elección o la distribución sólo pueden realizarse a favor de "parientes" del causante o del distribuidor. Según JIMÉNEZ GALLEGO[791], el causante puede precisar lo que deba entenderse por "parientes" y si no lo precisa, basta cualquier parentesco, aunque exceda del cuarto grado, pero tiene que tratarse de parientes consanguíneos. Discrepan CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[792] para quienes, aunque la CDCBaleares hable de parientes, los beneficiarios podrían no serlo porque la voluntad del ordenante es la principal regla reguladora de esta figura, con lo cual cabría la interpretación extensiva del concepto parientes hacia personas con las que se tenga una relación afectiva, aunque excluyen que los beneficiarios puedan ser personas jurídicas, o finalidades determinadas, dada la prohibición de vinculación más allá de los límites de la sustitución fideicomisaria (art. 25 CDCBaleares). b) Capacidad. VERGER GARAU[793] entiende que el sucesor ha de ser viviente y capaz para aceptar la herencia al tiempo de su delación conforme a las normas de Derecho civil común.

*4.2. Requisitos objetivos.*

4.2.1. Facultades del distribuidor. Conforme al art. 18 pfo. 2º CDCBaleares, el encargo comprenderá las facultades de distribución y elección de los bienes de la herencia, salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a una sola de ellas entre varios "parientes", por partes iguales o desiguales. Los art. 18 y 19 pfo. 2 CDCBaleares presumen la distinción: "el encargo comprende las facultades de distribución y elección, salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a una sola de ellas" (cfr. art. 831 CC) y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT las reseñan[794]: a) Elegir heredero a uno o más de dichos parientes, quedando pospuestos y apartados definitivamente de la herencia los demás parientes que forman el grupo señalado por el testador y/o b) distribuir los bienes de la herencia del testador entre dos o más de los parientes de éste o/y del propio distribuidor, en las partes iguales o desiguales que estime conveniente, o adjudicar todos los bienes a uno solo". No obstante, JIMÉNEZ GALLEGO[795] pone de manifiesto que el binomio

[789] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit, pp. 357.
[790] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1374.
[791] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 354.
[792] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 858.
[793] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 392.
[794] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 869.
[795] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 355 observa que no hay un claro límite cuantitativo: "la distribución encomendada al distribuidor no es una mera partición de la herencia, o sea, una adjudicación de bienes en pago de las cuotas señaladas por el causante. La distribución es algo que excede de lo particional. Los beneficiarios serán herederos en la medida en que el distribuidor les asigne bienes. Como se ve, la diferencia entre elección y distribución no es del todo nítida. El encargo de distribución de bienes también otorga al distribuidor un ámbito de actuación en cuanto a los beneficiarios, aun en el caso que, por voluntad del

elección/distribución no es del todo nítido, pues el encargo de distribución de bienes también otorga al distribuidor un ámbito de actuación en cuanto a los beneficiarios, aun en el caso que, por voluntad del causante, todos los parientes deben recibir algo[796]. c) LLODRÁ GRIMALT[797] afirma que el ordenante puede nombrar heredero distribuidor puramente o establecer condiciones o términos, suspensivas o resolutorias, que afecten al cargo. Igualmente, puede imponer limitaciones tales como prohibiciones de disponer, cargas, modos, sustituciones fideicomisarias puras, condicionales o de residuo, a los herederos elegidos o destinatarios de los bienes nombrados por el distribuidor. También puede autorizar al distribuidor para que imponga condiciones o limitaciones, siempre que no incumpla el art. 25 CDCBaleares, en relación con el límite de las dos generaciones de las sustituciones fideicomisarias, a tenor de la STS de 24-05-1963.

4.2.2. Límites. a) La distribución o elección han de hacerse libremente o con las condiciones que el testador haya establecido, por lo que no parece que pueda alterar disposiciones del causante, como dejar ineficaces las causas de indignidad declaradas por éste, ni subsanar las pretericiones en que hubiere podido incurrir el testamento ("resultando excluidos los no elegidos"); b) sujeción a las mismas restricciones del testador, como son, los límites señalados para las sustituciones fideicomisarias (art. 18 y 25 CDCBaleares); c) el respeto a las legítimas[798] incluyendo el derecho al pago de las

---

causante, todos los parientes deben recibir algo (…) No estamos sosteniendo que la ley deba precisar lo que es elección y lo que es distribución. Es un intento condenado al fracaso. Lo que debe hacerse, en nuestra opinión, es redactar con precisión el encargo en el título sucesorio". Por su parte, LLODRA GRIMALT, Francesca, en "El heredero distribuidor", en *Lecciones de Derecho civil balear*, obra cit, pp. 344 pone de relieve que no hay límite cualitativo: "aunque en la fórmula adoptada en la ordenación de esta figura se nombre a unos parientes como herederos, no puede entenderse, sin incurrir en contradicción, que dichos parientes han sido ya nombrados herederos y a la vez se ha hecho delegación de la facultad de distribución".

[796] En tal sentido, STS de 18-10-1977 invocada por RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1380, afirma que la encomienda de distribución conferida por la causante autoriza para que pueda distribuir los bienes entre sus hijos en partes iguales o desiguales, sin privar totalmente a ninguno de ellos, o sea, con reconocimiento de partes iguales o desiguales a todos, y sin supeditación a que haya de ser concretada físicamente por dicha distribuidora lo a percibir por los destinatarios de la asignación, sino meramente el *quantum* que es en definitiva a lo que alcanzaría el carácter personalísimo inherente a la modalidad de institución de heredero de que se trata toda vez que la normativa que las rige hace exclusiva referencia a asignación o distribución de todo o parte de los bienes de la herencia, cual se deduce del contesto del art. 18 de la precitada Compilación, y no a las manifestaciones físicas que de ello se deriven.

[797] LLODRÁ GRIMALT, Francesca. "La regulación del heredero distribuidor en la Compilación de Derecho Civil Balear de 1990", en *Revista jurídica de les Illes Balear*s, ISSN 1697-1272, Nº. 7, 2009, pp. 4.

[798] Según LLODRÁ GRIMALT, Francesca, "Capítulo 48. La legítima y la definittio en las Islas Baleares", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2084 y ss.: "Para estas Islas, se establecen (art. 41 CDCB) tres órdenes de legitimarios (hijos y descendientes; padres y cónyuge viudo) que no son concurrentes entre sí, salvo el cónyuge viudo que puede concurrir con los otros dos (…) Su cuota legitimaria es distinta según el número de hijos que haya (art. 42 CDCB): 1) Si hay 4 o menos de cuatro hijos, la cuota legitimaria la constituye la tercera parte del haber hereditario. 2) Si hay más de cuatro hijos, la cuota legitimaria la constituye la mitad del haber hereditario (…) La definición es, según el art. 50 CDCB, aplicable únicamente a la isla de Mallorca (cfr. art. 65 CDCB). La definición es un pacto sucesorio por el cual los descendientes legitimarios y emancipados pueden renunciar a la legítima o a todos los derechos sucesorios que les pudieren corresponder en la sucesión de sus ascendientes, en contemplación de alguna donación que reciban o hayan recibido". Conforme a los art. 42 y ss. CDCBaleares, son legitimarios en primer lugar los hijos y descendientes y los padres y ascendientes a falta de aquéllos, de una legítima *pars bonorum* pero conmutable en metálico (cfr.art. 48 CSB y SAP de Baleares, sec. 5ª, de 10-05-2012 y SAP de Baleares,

mismas desde la muerte del testador, esto es, sin diferimiento por razón de la delegación sucesoria que analizamos, aunque se podrán satisfacer, sin formalidades especiales en metálico, si aquél no lo ha prohibido y el distribuidor así lo dispone (art. 18 y 48 CDCBaleares).

*4.3. Requisitos formales.* Aunque el título material por el que se inviste al heredero distribuidor ha de ser heredero universal, heredero usufructuario (total o parcial) o legatario del usufructo universal (art. 18 CDCBaleares) dentro de la gama de títulos formales cabrán los siguientes:

4.3.1. Testamento (art. 18 CDCBaleares). Ante el silencio de la ley y la doctrina, el testamento será válido en cualquier forma del Derecho común (art. 676 y ss. CC).

4.3.2. En donación universal (art. 13 pfo. 5 y 14 CDCBaleares). La donación universal ha de constar en escritura pública (art. 12 CDCBaleares). Dicha donación universal no fue forma válida en la isla de Menorca hasta la reforma de 2017, que la permitió[799].

4.3.3. Se ha discutido si el distribuidor puede ser nombrado en codicilo (art. 17 CDCBaleares). VERGER GARAU y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[800] entienden que sólo cabe instituir heredero distribuidor de entre los designados herederos en testamento, pero que se puede usar el codicilo para nombrar heredero usufructuario, legatario usufructuario o legatario distribuidor en dicho codicilo. JIMÉNEZ GALLEGO[801] matiza un poco dicha opinión, de modo que, en la suya, cabe nombrar heredero distribuidor en codicilo al heredero único previamente nombrado en testamento, pues lo contrario sería admitir la revocación tácita de la institución testamentaria anterior de los demás coherederos, pues el nombramiento de heredero es requisito esencial del testamento (art. 14 CDCBaleares), lo que no cabe en codicilo (art. 17 CDCBaleares).

4.3.4. Dicho autor también se plantea si debería admitirse el nombramiento en escritura de capitulaciones matrimoniales ("èspolits"), como ocurre en el Derecho de Ibiza-Formentera. Entiende que no por la razón práctica del acceso de las mismas al

---

sec. 4ª, de 17-04-2018) en ciertos plazos en cuyo caso es una *pars valoris bonorum*¸ ex SAP de Baleares, sec. 3ª, de 19-11-2004. La legítima de los descendientes es individual, no colectiva pero la porción del que no la adquiere no acrece a los colegitimarios, al revés que la de los padres. El viudo tiene derecho a un usufructo variable (art. 45.3 CSB). SAP de Baleares, sec. 4ª, de 16-11-2017: "Las diferencias entre la regulación de Compilación y el Derecho civil común respecto a la sucesión testada son muchas, así la institución de heredero es fundamental en la compilación, la legítima es *pars bonorun*, no hay tercio de mejora a diferencia del derecho del CC, la repudiación de la legítima no acrece a los otros legitimarios sino a los herederos, ni tampoco el orden de reducciones es el mismo". Cfr. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 452 y 453: La legítima corresponde a todos los hijos por partes iguales y a ambos padres en su defecto, o el que de ellos sobreviva.

[799] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 350.

[800] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 382. 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 859.

[801] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 354.

Registro general de actos de última voluntad. Me sorprende tal opinión pues ello no parece ser ningún problema ni en dichas Islas Pitiusas, ni en Aragón, Navarra o el País Vasco. A favor de admitir el nombramiento de heredero distribuidor en capitulaciones o incluso en cualquier otra escritura pública al efecto se pronuncia GARRIDO MELERO[802].

**5. Efectos pendiente la ordenación de la sucesión por el heredero distribuidor.**

Hasta la ejecución de la fiducia, sea por actos inter vivos o mortis causa (art. 19 CDCBaleares) o su extinción (art. 20 CDCBaleares) la herencia no está en situación de yacencia, como sucede en otro territorios, sino que el distribuidor será, mediante su aceptación, un heredero fiduciario con sus correspondientes derechos y obligaciones por lo que al mismo corresponderá la administración y representación de los bienes de la herencia (art. 23 CDCBaleares). Se entiende, no obstante, que no puede aceptar el cargo y repudiar la herencia o a la inversa[803].

*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.* Hasta la ejecución o extinción de la fiducia sucesoria, los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión están en situación de mera expectativa, pero pueden pedir formar inventario, prestar garantías (art. 30 y 37 CDCBaleares) y a impugnar los actos del fiduciario contrarios a la sustitución fideicomisaria, léase, contrarios al encargo recibido. Además, los legitimarios sí tienen ciertos derechos. Así, conforme al art. 47 CDCBaleares "La legítima podrá ser atribuida por cualquier título y conferirá a los legitimarios el derecho a ejercitar las acciones de petición y división de herencia y a promover el juicio de testamentaría, a excepción del supuesto del pago de la legítima en metálico". Como recuerda el AAP de Baleares, sec. 4ª, de 19-03-1998 la legítima también goza de la especial protección prevista en el antepenúltimo párrafo del art. 48 de la Compilación (en relación con el art. 15 de la Ley Hipotecaria). Es decir, una anotación registral de su derecho en garantía del pago de su legítima *pars valoris bonorum*.

*5.2. Formación de inventario.* Según JIMÉNEZ GALLEGO[804] el distribuidor debe formar inventario de los bienes hereditarios en todo caso, mientras que para CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[805], sólo está obligado, ora si quiere detraer la cuarta trebeliánica, ora por el mero hecho de querer utilizar y disfrutar de los bienes fideicomitidos. Los tres autores coinciden en el carácter dispensable por el ordenante de esta obligación.

---

[802] GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1202 y 1203.
[803] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1376 y 1377, puesto que la distribución no tiene substantividad propia fuera de la institución como heredero.
[804] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 356.
[805] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 875.

*5.3. Administración y representación*[806]. Conforme a CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[807], corresponden dichas facultades al distribuidor por aplicación de las normas de la sustitución fideicomisaria que le equiparan al fiduciario en esta figura (art. 23, 30 y 32 CDCBaleares). Igualmente, cuando el distribuidor sea legatario usufructuario es administrador como tal usufructuario por supletoria aplicación del Código civil (art. 467 y ss.).

*5.4. Actos de disposición.* Según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y JIMÉNEZ GALLEGO[808] el distribuidor sólo puede hacer actos de disposición en ciertos supuestos:

5.4.1. Cuando el encargo lo contempla.

5.4.2. Cuando se trata de una distribución de residuo, de lo que deba quedar (art. 37 CDCBaleares) porque, explica VERGER GARAU[809] que "los bienes fideicomitidos están sujetos al gravamen restitutorio a favor de los que resulten, por elección o distribución, fideicomisarios universales o particulares".

5.4.3. Además el distribuidor podrá, por ministerio de la Ley[810], enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos: a) mediante el consentimiento de los fideicomisarios (art. 33.a) CDCBaleares); b) para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos (art. 33.c) CDCBaleares); c) por conveniencia u oportunidad previa autorización judicial[811] (art. 34 CDCBaleares); d) para detraer su cuota legítima,

---

[806] Aunque en teoría reconocen jurisprudencia y Doctrina que gestión y administración tienen claros límites teóricos (cfr. art. 1713 CC) frente a la disposición, no tanto prácticos. Así la RDGRN de 22-04-2006 y la STS, Sala 1ª, de 17-10-1978 recuerdan que actos de disposición los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes y actos de administración, los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa. Sin embargo, en la realidad práctica, la diferencia no es tan nítida, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional.

[807] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 876: "Desde esta óptica, se puede considerar que el distribuidor no debe hacer inventario de los bienes, no obstante, del art. 30 CDCBaleares extraemos que el fiduciario no viene obligado a realizar inventario únicamente en el caso de que quiera detraer la cuarta trebeliánica, sino que viene obligado a hacerlo por el mero hecho de querer utilizar y disfrutar de los bienes fideicomitidos (…) aunque creemos que no habrá necesidad de intervención de los fideicomisarios, puesto que el distribuidor no ha de detraer la trebeliánica. Asimismo, al igual que el fiduciario, el distribuidor, también debe dar garantías, cualesquiera admitidas legalmente. Ambas obligaciones, hacer inventario y prestar garantías, pueden ser dispensadas por el ordenante".

[808] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 877. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 356.

[809] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 417.

[810] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 418, entiende por el contrario que el legatario usufructuario distribuidor no tiene las facultades dispositivas por ministerio de la ley pero podrá satisfacer las legítimas por sí con bienes hereditarios, puesto que debe pagarlas.

[811]Art. 34 CDCBaleares: "También podrá el fiduciario, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el

previa notificación a los fideicomisarios conocidos (art. 33.b) CDCBaleares); e) para detraer su cuarta trebeliánica[812], si el causante le ha autorizado al efecto[813], previa notificación a los fideicomisarios conocidos (art. 33.c) CDCBaleares) y f) para detraer la cuarta falcidia[814], pues según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y JIMÉNEZ GALLEGO[815], aunque para este supuesto no hay norma específica, debe entenderse que si la herencia está gravada con muchos legados y el distribuidor no detrae la falcidia, no tendrá bienes para distribuir (art. 38 CDCBaleares). El distribuidor podrá deducir, en concepto de falcidia[816] y trebeliánica, un máximo de una cuarta parte de la herencia por ambos conceptos (art. 40 CDCBaleares).

*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* Como el régimen económico matrimonial supletorio en Baleares es el de separación de bienes (art. 3, 65 y 67 CDCBaleares) los autores no tratan mucho la cuestión[817].

---

contravalor, en su caso, en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. En el expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso de que no fueren conocidos o no comparecieren".

[812] "La cuarta trebeliánica se conceptuó como una cuota de los bienes de la herencia (*pars bonorum*) que el Derecho Romano reconoció a favor del fiduciario como estímulo para que aceptara la herencia gravada de restitución y se evitara la ineficacia del fideicomiso (*Est quarta pars bonorum, quan retinere potest haeres, qui ultra dondratem gravatus est fideicommisis*). Esta figura jurídica se halla recogida en el senado consulto pegasiano (vid. Instituta 2, 23, 5), en donde la cuarta tenía que ser una *pars bonorum hereditatis*, sin embargo después de la refundición de los senados consultos trebeliano y pegasiano hecha por Isidro, con el resultado de que las tres cuartas partes de los bienes fideicomitidos se deferían al fideicomisario a título de heredero" (SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 26-03-2015).

[813] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1375. Explican 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 879, que la regla general aplicable al distribuidor es que no tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica si no está especialmente facultado por el testador a la inversa de lo que ocurre en las sustituciones fideicomisarias, en las cuales el fiduciario puede detraer siempre la trebeliánica, a menos que el testador se lo haya prohibido expresamente (artículo 23 CDCBaleares). Y la explicación es que el distribuidor es un mero intermediario en la transmisión y el fiduciario un verdadero sucesor.

[814] Art. 38 CDCBaleares: "El heredero a quien, por razón de los legados, no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, podrá, salvo disposición contraria del testador, reclamar dicha parte". En palabras de JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 289, "La cuarta falcidia es la parte a que tiene derecho el heredero que, por haber muchos legados o legados de mucha cuantía. acaba percibiendo menos de una cuarta parte del activo neto, calculado de la manera prevista en la ley". Art. 38 CDCBaleares: "El heredero a quien, por razón de los legados, no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, podrá, salvo disposición contraria del testador, reclamar dicha parte".

[815] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 360.

[816] En palabras de JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 289, "La cuarta falcidia es la parte a que tiene derecho el heredero que, por haber muchos legados o legados de mucha cuantía. acaba percibiendo menos de una cuarta parte del activo neto, calculado de la manera prevista en la ley".

[817] En mi opinión, las claras reglas de formación de inventario judicial o notarial (art. 29 y 37 CDCBaleares) permiten aclarar las tres masas, privativas y común que hubiere tenido el matrimonio. Para liquidar, dividir y adjudicar esta última, sobre la base de lo visto sobre actos de disposición, art. 33 y 34 CDCBaleares y el supletorio art. 1052 CC, concluimos que la sociedad conyugal del ordenante deberá ser liquidada: a) Por el heredero distribuidor con el viudo. b) Por el heredero distribuidor viudo con la concurrencia de todos los sucesores presuntos o por el viudo heredero distribuidor con el contador-partidor designado por el causante. c) Por el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a instancias del comisario o del viudo (art. 803 y ss. LEC). d) ¿Podría el heredero distribuidor viudo partir la sociedad conyugal unilateralmente? Aunque el conflicto de intereses es

## 6. Ordenación de la sucesión por el heredero distribuidor.

*6.1. Requisitos.*

6.1.1. Requisitos subjetivos. Para JIMÉNEZ GALLEGO[818] "no cabe dar razones en favor de la elección por acto entre vivos o por acto mortis causa. El distribuidor debe valorar el momento en que cada elección va a entrar en vigor y al posibilidad/imposibilidad que va a tener de cambiar su decisión". Es decir, el acto de ejecución no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad libremente emitida. El distribuidor tampoco puede ser obligado a cumplir su encargo según RIVAS MARTÍNEZ[819].

6.1.2. Requisitos objetivos. Resume JIMÉNEZ GALLEGO[820] que el encargo puede consistir en elegir herederos, asignar bienes entre éstos o ambas cosas a la vez, incluso asignar un solo bien a titulo de legado. El encargo puede ejecutarse de una vez o mediante sucesivos actos, que serán revocables o irrevocables según la forma inter vivos o mortis causa utilizada.

6.1.3. Requisitos formales. Según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y JIMÉNEZ GALLEGO[821], si el ordenante no dice nada debernos entender que se le da libertad para escoger el tipo de acto (art. 18.3 CDCBaleares). Conforme al art. 19 CDCBaleares la distribución puede ser expresa o tácita en actos entre vivos, en cuyo caso "necesariamente se formalizarán en escritura pública", o sea es una forma *ad solemnitatem* o de requisito de validez. a) Dentro de los actos entre vivos la jurisprudencia (STS de 25-04-1951) y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y VERGER GARAU[822] admiten que estos actos inter vivos sean compraventas, y apunta el último autor que por eso el art. 18 CDCBaleares perfeccionó el texto del Proyecto de

---

evidente y la respuesta más común es que no, acerca del art. 831 CC, similar en las facultades "distributivas" al art. 18 CDCBaleares, la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015 permite la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales porque dicho art. 831 CC permite la atribución de bienes de la herencia y gananciales sin liquidar la sociedad y porque excede de la labor del contador partidor. En dicha sentencia, además, el testador había autorizado expresamente al efecto al fiduciario-viudo, precaución que, por lo tanto habría de adoptarse en su nombramiento. Misma autorización que un supuesto de sustitución fideicomisaria voluntaria resuelto positivamente por la RDGRN de 29-06-2017: "Ante esta peculiar institución jurídica a término en cuanto al llamamiento, pero condicional en cuanto al contenido, se plantea la cuestión de si los fideicomisarios deben concurrir a la partición. En este aspecto, dados los amplios términos de la disposición testamentaria, en la que se autoriza para disponer por actos «inter vivos» y a título oneroso, quedando a su prudente arbitrio la necesidad de la disposición, debe entenderse que dentro de estas facultades dispositivas, se encuentran implícita la facultad de partir, pues de no admitirse este criterio, las facultades dispositivas de la fiduciaria quedarían gravemente limitadas".

[818] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 363.

[819] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1376.

[820] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 362.

[821] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 873. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 365

[822] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 877. VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 424. Para el Derecho Civil Común da la misma solución, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 87.

Apéndice de 1949, sustituyendo "donación entre vivos" por "acto entre vivos". b) Sobre la ejecución del encargo mediante una donación universal JIMÉNEZ GALLEGO[823], entiende que no es posible un pacto sobre la herencia de un tercero y que son contradictorios el carácter irrevocable de dicha donación y la cualidad de revocable del acto mortis causa, como lo es la ejecución de este encargo. Discrepan en este punto CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y VEGER GARAU [824] quienes admiten esta modalidad de forma de ejecución a tenor del art. 13 CDCBaleares. También puede ejecutarse el encargo por actos de última voluntad, sin duda mediante; c) testamento. Y d) VERGER GARAU[825] admite la ejecución mediante codicilo "pues éste, conforme establece el artículo 17 de la Compilación, permite establecer sustituciones fideicomisarias y preventivas de residuo, y como se ha indicado al comentar el artículo 18, los parientes elegidos o destinatarios de los bienes tienen la condición de herederos fideicomisarios. Además, como permite al mismo articulo 17, en el codicilo se puede expresar el nombre del heredero o herederos y determinarse la porción en que cada uno de ellos deba entenderse instituido, con las limitaciones establecidas por el mismo artículo". Al contrario, JIMÉNEZ GALLEGO[826] entiende que en codicilo no puede nombrarse heredero (art. 17 CDCBaleares) pues en su opinión sólo cabe usarse dicho instrumento para la asignación y la entrega de bienes o para realizar disposiciones a título particular. CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[827] comparten dicha idea pero admiten la ejecución del encargo de elección de heredero en codicilio si previamente hubiera determinado el ordenante el grupo de sucesores entre los que elegir.

*6.2. Efectos de la ordenación de la sucesión por el heredero distribuidor.* El fundamental es la delación sucesoria en ese momento a favor de los beneficiarios (art. 18 a 20 CDCBaleares) a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento, que se considera como sucesión del ordenante[828], pero quedando vinculados aquéllos por los actos del fiduciario.

6.2.1. Ejecución mediante actos entre vivos. Opinan JIMÉNEZ GALLEGO y VEGER GARAU[829] que el beneficiario elegido por acto entre vivos es llamado a la herencia (o legado) desde el momento en que el distribuidor formaliza la elección, sin perjuicio de que puede renunciar. Si acepta, adquirirá la propiedad de los bienes aunque todavía no le haya sido entregada la posesión material de los bienes. Es decir el beneficiario disfrutará de una posesión civilísima (art. 440 CC). Ello supone

[823] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 363.
[824] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 870. VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 434.
[825] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 429.
[826] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 363.
[827] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 870.
[828] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1381.
[829] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 363. VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 434.

implícitamente contestar (negativamente) la cuestión de si la formalidad del ejercicio del encargo determina el título del llamamiento al sucesor, lo que es obvio a la vista del art. 23 *in fine* CDCBaleares ("No sólo los parientes instituidos herederos, en el fideicomiso de elección, sino también el asignatario o los destinatarios de los bienes, en el fideicomiso de distribución, tendrán la condición de herederos del testador")[830]. Ahora bien, es de capital importancia que el beneficiarlo acepte su atribución antes de la muerte del distribuidor (aunque no se requiere unidad de acto, en cuyo caso debe notificar dicha su aceptación), pues caso contrario, se frustra el encargo y entran en juego las sucesiones preventivas, ora las previstas por el ordenante ora por la Ley (art. 20 y 21 CDCBaleares). Una vez aceptado, el llamamiento es irrevocable[831]. Relacionada con la anterior está la cuestión de si el ejercicio del cargo por el distribuidor le hace perder el uso y disfrute de la herencia, pregunta a la que JIMÉNEZ GALLEGO[832] responde con lógica que el distribuidor no tiene por qué perder el derecho de usufructo sobre los bienes que adquieren los elegidos pero en la elección o asignación deberá mencionar que se lo reserva. Para VERGER GARAU[833] el distribuidor mantiene el goce tras ordenar la sucesión, tanto si era usufructuario como propietario. En el primer caso porque conserva el usufructo si no lo renuncia expresamente hasta su fallecimiento (art. 513-1º CC). Y en el segundo porque entiende que la elección de heredero supone transformar la distribución en una sustitución fideicomisaria a término, con una delación de los fideicomisarios diferida a la muerte del distribuidor o fiduciario.

6.2.2. Ejecución mediante actos mortis causa. La ejecución de la fiducia en testamento es esencialmente revocable, sin que ni el ordenante ni el distribuidor puedan disponer lo contrario[834]. En tal caso la delación tiene lugar a la muerte del distribuidor, momento en que el beneficiario podrá aceptarla (pura o simplemente o a beneficio de inventario, art. 9 CDCBaleares, art. 1010 y ss. CC) o repudiarla.

*6.3. Ineficacia de la ejecución y "repesca"*. Conforme al art. 19 CDCBaleares "si el elegido o el adjudicatario de los bienes por acto entre vivos renuncia a la elección o adjudicación, el distribuidor podrá de nuevo hacer uso de tales facultades". Ante la falta de plazo específico para esta *repesca*, como sucede en Aragón o en el País Vasco, regirán los generales previstos para el ejercicio de su encargo. Si el fiduciario sólo tiene facultades de distribución, parece que la parte de los bienes hereditarios cuya sucesión no se consumó por imposibilidad o renuncia de los beneficiarios acrecerá a los que sí han adquirido. Por el contrario, en cuanto a los bienes omitidos del ejercicio de la

[830] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 871: "Por dicho acto inter vivos, reflejado en escritura pública, lo único que hace el distribuidor es elegir heredero y asignar los bienes, pero no dona, ni cede, ni vende bienes a los herederos". JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 364, en idéntico sentido.

[831] Cfr. SAP de Baleares, sec. 4ª, de 12-03-2010 y STSJ de Illes Balears (Civil y Penal), sec. 1ª, de 30-09-2010: al aceptar los interesados la distribución de forma expresa por actos inter vivos constando en instrumento público, ésta devino irrevocable y vinculante, la oferente quedó obligada por dicha aceptación, a distribuir conforme a lo ofertado, y por ello la distinta distribución que posteriormente realizó en testamento ante el mismo notario es nula e ineficaz.

[832] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 366.

[833] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 436.

[834] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 430.

facultad de distribución, dispone el art. 21 CDCBaleares que en el fideicomiso de distribución los bienes omitidos al hacerse la asignación o distribución serán adquiridos por el pariente o parientes, éstos por partes iguales, a favor de los cuales se hubiera verificado la asignación o la distribución de los otros bienes. En el fideicomiso de elección se estará a los supuestos de purificación y acrecimientos de llamamientos establecidos en los art. 15 y 24 CDCBaleares.

### 7. Extinción de la ordenación de la sucesión por heredero distribuidor.

*7.1. Causas.* El cargo de heredero distribuidor se extingue, según VERGER GARAU y LLODRÁ GRIMALT[835] por analogía con los supuestos de remoción de los tutores (art. 238 CC), de extinción del mandato (art. 1.732 CC) y además se tendrá en cuenta lo que ha declarado la jurisprudencia en relación a la remoción de los albaceas. JIMÉNEZ GALLEGO[836] va más allá y se muestra partidario de un número abierto de causas de extinción: siempre que el distribuidor no esté en condiciones de ejercer sus funciones, y una vez que haya fallecido el causante, pues si el causante, en vida, conoció la posible causa de remoción y no revocó el nombramiento de distribuidor, tal remoción no parece posible.

7.1.1. Por las causas ordenadas por el causante (art. 18 CDCBaleares y JIMÉNEZ GALLEGO[837]).

7.1.2. Por revocación. Siempre es revocable el cargo testamentario. Sobre el instituido por donación universal, vimos arriba las diferentes posiciones de la doctrina.

7.1.3. Por cumplimiento del plazo. Señala JIMÉNEZ GALLEGO[838] que tanto la elección como la distribución sólo pueden hacerse tras el fallecimiento del ordenante, porque éste mientras viva, puede dejar sin efecto el nombramiento de distribuidor. Hay unanimidad en la doctrina en que del art. 19 CDCBaleares se deduce que si hay encargo de elección, incluya o no el encargo de distribución, el distribuidor tiene toda su vida de plazo, salvo que el causante haya dispuesto otra cosa[839]. Si el encargo es de mera distribución para JIMÉNEZ GALLEGO, también la duración es vitalicia, salvo que el ordenante hubiera dispuesto otra cosa según dicho art. 19 CDCBaleares. En esto coinciden CARMONA/LLODRÁ GRIMALT[840] pero por diferentes argumentos.

7.1.4. Por fallecimiento del distribuidor sin haber hecho uso de dicha delegación.

---

[835] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 391 y ss. LLODRÁ GRIMALT, Francesca, "El heredero distribuidor", en *Lecciones de Derecho civil balear*", obra cit., pp. 348.

[836] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 362.

[837] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 359: "En nuestra opinión, aunque la donación es un pacto sucesorio, el nombramiento de distribuidor es una decisión unilateral del causante-donante".

[838] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 366.

[839] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373. VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit*, pp. 438. 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 874.

[840] Ibídem.

7.1.5. Por imposibilidad sobrevenida del distribuidor tales como la demencia o la quiebra –hoy en día concurso de acreedores- (VERGER GARAU[841]).

7.1.6. La renuncia al cargo por el encargado; o, incluso, la renuncia de éste a su condición de heredero o legatario que, como ya hemos visto, es condición indispensable para tener el carácter de "heredero distribuidor" (art. 18 CDCBaleares). Es decir, según VERGER GARAU[842], la repudiación de la herencia o la renuncia del legado implican necesariamente la imposibilidad de ser distribuidor. JIMÉNEZ GALLEGO[843] admite la posibilidad contraria, esto es, que el fiduciario renuncie al cargo de ser distribuidor sin perder el carácter de heredero, no sólo por justa causa, sino también libremente, sin perjuicio de sanciones a prever por el causante. CARMONA y LLODRÁ GRIMALT[844] están de acuerdo en dicha posibildad pero opinan que la consecuencia de la renuncia al cargo serán posibles indemnizaciones que deba satisfacer el distribuidor.

7.1.7. Nulidad, separación o divorcio entre causante y distribuidor. JIMÉNEZ GALLEGO[845] se pronuncia en contra de admitir esta causa de extinción mientras no se recoja expresamente en la regulación.

7.1.8. Por desheredación o concurrencia de causa de indignidad para suceder respecto del ordenante[846].

*7.2. Efectos de la extinción.*

---

[841] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 391: "El fallo que produzca la remoción del cargo de heredero distribuidor tiene carácter constitutivo, si bien hay ciertas causas de remoción como son las de incapacidad sobrevenida que parecen dar lugar (como la demencia, quizás la quiebra) a la extinción del cargo automáticamente, por imposibilidad de obrar y ejercer el mismo, por lo que si fuese necesaria sentencia sería simplemente declarativa".

[842] VERGER GARAU, Juan*, Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales, Tomo XXXI Vol. 1º, obra cit., pp.* 440.

[843] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 358: "Ahora bien, ¿puede aceptar la herencia o legado y renunciar a ser distribuidor? El distribuidor puede no realizar el encargo, o sea, no elegir o no asignar. Podría pensarse que si cabe la "renuncia tácita", tiene que ser posible la renuncia expresa, como dijo Verger Garau. Se trataría del supuesto en que el heredero acepta la herencia y, sea al aceptarla o tiempo después, declara que renuncia a ser distribuidor. Imaginemos que tiene una causa justificada. Por ejemplo, una enfermedad de Alzheimer incipiente. En nuestra opinión, la regla de no disociar la cualidad de sucesor y la de distribuidor tiene una excepción en este supuesto. Si el distribuidor puede no ejercer el cargo, ¿por qué no se le va a permitir declarar que no va a ejercer el cargo? No ha quedado nombrado heredero para ser distribuidor. No hay tal vinculación. El nombramiento va unido a la condición de heredero (O legatario de usufructo) pero no se le nombra heredero para permitir que sea distribuidor, sino más bien a la inversa: se le nombra distribuidor porque es heredero. Por ello, no procede considerar si la causa de la renuncia es "justa". No cabe controlar los motivos de la renuncia y no necesita ninguna supervisión judicial o de otros funcionarios competentes en materia de jurisdicción voluntaria. En todo caso, el causante puede "penalizar" al distribuidor que no ejercite el cargo, en los casos que señale, para todo supuesto".

[844] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 868.

[845] CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca, "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear" "*Tratado de Derecho de Sucesiones*", obra cit., pp. 361.

[846] VERGER GARAU, Juan, "Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales", obra cit., pp. pp. 391 y ss. 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. 868.

7.2.1. Frustración total del encargo por incumplimiento del distribuidor (art. 20 CDCBaleares). A falta de las disposiciones testamentarias supletorias que el testador haya establecido, se entienden herederos, en partes iguales, los parientes del testador o, en su caso, del distribuidor que, sobreviviendo al distribuidor, hubiesen sido determinados individualmente por su nombre o características y, a falta designación específica, serán herederos los parientes más próximos en grado entre los genéricamente designados por el testador.

7.2.2. Frustración total del encargo por premoriencia del distribuidor al ordenante: Conforme al art. 22 CDCBaleares, si el distribuidor premuriese al testador, se entenderá establecida, según el artículo 26, una sustitución vulgar a favor de los parientes entre los que se tenía que verificar la elección o distribución.

7.2.3. Frustración total del encargo por premoriencia al distribuidor de todos los segundos herederos. En general, agotados los llamamientos supletorios, el distribuidor acrecerá su posición hasta ser heredero puro, ora si es propietario, al liberarse del gravamen de la sustitución, ora (art. 28 CDCBaleares), si es usufructuario, al ser considerado heredero *ex re certa* en cuanto al usufructo y *simpliciter* en cuanto a la herencia, también lo adquirirá todo (art. 15.4CDCBaleares). Sólo si el distribuidor lo es a título de legatario del usufructo, la herencia pasará a los herederos abintestato del causante.

7.2.4. Frustración parcial del encargo que comporta elección. Caso que no se haya distribuido toda la herencia, por el principio de incompatibilidad total entre la sucesión testada e intestada (art. 7 CDCBaleares) los herederos que hayan sido nombrados serán considerados herederos (art. 15 y 24 CDCBaleares) acreciendo preferentemente entre los del mismo grupo.

## IV. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE BALEARES. IBIZA Y FORMENTERA.

### 1. Antecedentes y regulación actual.

CERDÁ GIMENO[847] no duda en destacar el carácter consuetudinario y autóctono, no catalán, del origen de la fiducia sucesoria en Ibiza y Formentera. Para CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[848] esta figura ha sido un mecanismo muy habitual de designación de sucesor entre los vecinos de Ibiza y Formentera, distinguiendo los dos supuestos de constitución, en "espòlits" (capitulaciones) y en testamento.

Según JIMÉNEZ GALLEGO[849], la Ley 5/1961, de 19 de abril Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares fue fiel a dicha práctica, calificando la misma de "delegación de facultades o cláusula de confianza", potestades que podían ser, a decisión del causante ora de distribución de bienes, ora de elección de los beneficiarios. CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[850] apuntan que al calificar la institución no de "fiducia sucesoria" sino de "cláusula de confianza", se subrayaba la dependencia de la encomienda respecto de un negocio principal, un testamento o un heredamiento hecho en capitulaciones matrimoniales, conforme a la costumbre insular.

Prosigue JIMÉNEZ GALLEGO afirmando[851] que la reforma por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares -CDCBaleares- extrajo esta figura de la regulación de la sucesión testamentaria, eliminando la denominación "cláusula de confianza", e introduciendo la expresión "ordenar la sucesión" que incluye la posibilidad de elegir herederos, asignar o distribuir bienes, pero también todo tipo de disposiciones por razón de la sucesión, con la única limitación de respeto a la legítima individual.

La regulación actual se halla en un único precepto, el art. 71 CDCBaleares, según redacción dada por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, en el Capítulo III ("De la fiducia sucesoria"), del Título II ("De las sucesiones"), del Libro III ("De las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera").

### 2. Concepto de fiduciario, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres.

*2.1. Concepto.* Con gran concisión, el art. 71 CDCBaleares define y le da su *nomen iuris* a la ficucia sucesoria de las Islas Pitiusas al decir: "Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes. La designación de fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento del

[847] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1282 y 1402.
[848] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 844.
[849] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 369.
[850] Ibídem.
[851] Ibídem.

encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. La ejecución del encargo hecho por acto *inter vivos* será irrevocable".

Esta concisión no merece crítica positiva para CERDÁ GIMENO[852], quien denuncia las "carencias normativas" de "una regulación impuesta por ajenas manos a los habitantes de las Pitiusas", consecuencia de lo cual, la doctrina sobre esta regulación recurre mucho al análisis comparativo con las instituciones aragonesas, navarras y vascas de delegación de la sucesión.

El citado autor[853] asume la definición que da a la fiducia sucesoria ROCA SASTRE[854]: "la delegación de facultades a favor del cónyuge consiste generalmente en una cláusula inserta en un testamento o heredamiento a favor de los hijos nacederos en virtud de la cual se concede al cónyuge la facultad de elegir o designar herederos del testador o de los heredantes entre los hijos comunes para el caso de que testador o heredantes fallezcan sin haberlo elegido o designado".

*2.2. Naturaleza del fiduciario.* JIMÉNEZ GALLEGO, CERDÁ GIMENO y CARBALLO FIDALGO[855] entienden que se trata de "un típico supuesto de arbitración o arbitrio". Esta última autora coincide con CARDONA GUASCH/ LLODRÁ GRIMALT[856] en que estamos en presencia de una figura próxima al testamento por comisario. Sólo MERINO HERNÁNDEZ[857], habla de una "subrogación subjetiva", en virtud de la cual el fiduciario se coloca en la posición jurídica del causante para actuar sucesoriamente como si de éste se tratara.

*2.3. Diferencia del fiduciario respecto de figuras afines.* Señala CERDÁ GIMENO las siguientes[858]:

2.3.1. Respecto de los herederos de confianza[859]. a) Éstos al cumplir la voluntad del causante o revelarla, no manifiestan o exteriorizan una voluntad propia, sino ajena (la del testador). En cambio, en la fiducia sucesoria, el elector hace una declaración de voluntad propia, formada o elaborada por él mismo. b) Los herederos de confianza son verdaderos herederos frente a los terceros, si bien materialmente son unos ejecutores de la voluntad del testador, mientras que el fiduciario no es sucesor del causante ni externa ni internamente, viene a ser un titular de disposición, sin atribución patrimonial, y con la

---

[852] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1403.
[853] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1379.
[854] ROCA SASTRE, Ramón María, "L'heretament fiduciari al Pallars Sobirá", en *Estudios sobre sucesiones,* Tomo II, Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2, pp. 280.
[855] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit, pp. 370. CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1384. CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 6.
[856] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 853.
[857] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 84.
[858] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1383.
[859] Art. 424-11 a 424-15 CCCataluña y ley 289 y ss. CDFNavarra.

limitación de efectuar la designación de heredero entre un grupo de personas determinadas[860]. c) Los herederos de confianza tienen poderes de gestión y administración de la herencia y por ello tienen derecho a percibir un premio por su actividad, frente al fiduciario, cargo gratuito.

2.3.2. Respecto de los herederos distribuidores de Mallorca y Menorca, la fiducia sucesoria ibicenca presenta diferencias subjetivas. Así, el delegado conforme a la normativa pitiusa sólo puede serlo el cónyuge y los beneficiarios sólo los hijos y descendientes comunes, frente a los "parientes" a ser elegidos por el distribuidor. También hay diferencias objetivas pues la potestad de "ordenar la sucesión" del fiduciario incluye y supera a las de "elección" y "distribución" del distribuidor mallorquín.

2.3.3. Como opinión propia, entiendo que la interpretación doctrinal de la cláusula de confianza pitiusa ha hecho perder al art. 71 CDCBaleares la posibilidad de ser una sucesión por comisario, la oportunidad de "ordenar la sucesión del causante". Me fundo en que se puede otorgar sólo entre cónyuges, la doctrina no se atreve abiertamente, como veremos, a admitir que los sucesores designados no sean descendientes comunes a fiduciario y causante; o que no se le reconozca la posibilidad de nombrar a dicho fiduciario albaceas y contadores partidores del causante; todo lo cual parece reconducir su naturaleza en la práctica a una mera facultad de disposición-partición similar a la figura del art. 831 CC

*2.4. Caracteres.* CERDÁ GIMENO[861] por analogía con la fiducia sucesoria aragonesa le atribuye los atributos de:

2.4.1.Función o cargo personalísimo, indelegable o intransferible llegando CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[862] a entender que el fiduciario no puede nombrar un contador-partidor, porque la institución se basa en la confianza nacida del vínculo conyugal, y lo contrario equivale a dejar en manos de otro la ejecución de la encomienda y, por ende, la ordenación de la sucesión del premuerto, aunque nada obsta a que se auxilie de personas con conocimientos técnicos (tasador, perito) para llevar a cabo las operaciones tendentes a la válida ejecución de la fiducia. Posición que entiendo excesiva, pues nombrar un albacea común a la herencia del causante y del fiduciario es muy útil y esta posibilidad no está expresamente prohibida por la normativa balaear

2.4.2. Voluntario.

2.4.3. Gratuito, para CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[863] por una razón inapelable: "la persona en quien se hace la delegación no recibe la encomienda por sus conocimientos técnicos o por tener una profesión determinada, sino por la relación de mutua confianza que presupone el vínculo conyugal".

---

[860] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385.
[861] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1417.
[862] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 850.
[863] Ibídem.

2.4.4. Temporal, aunque según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y JIMÉNEZ GALLEGO[864] lo habitual es que sea vitalicio.

2.4.5. Para CERDÁ GIMENO[865] la designación en testamento es revocable frente al otorgado en escritura pública que no sea un testamento, que es irrevocable. Coincide en ello con JIMÉNEZ GALLEGO y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[866], quienes fundan la irrevocabilidad en la tradicional reciprocidad de la concesión de la fiducia en "espòlits" o heredamientos (pactos sucesorios). Discrepa GARRIDO MELERO[867] para quien la posibilidad de revocación de las facultades fiduciarias conferidas dependerá del acto o negocio jurídico en que se contengan: si es unilateral, no existen obstáculos; si es bilateral o multilateral, no se podrán revocar cuando el convenio versaba sobre la designación fiduciaria, siendo posible, por el contrario, cuando ésta se incorporó como disposición unilateral aprovechando ese documento.

2.4.6. También podemos añadir otro carácter no señalados por los citados autores, subsidiariedad respecto de la voluntad del causante que prevalece siempre (art. 69, 70 y 71 CDCBaleares).

**3. Clases de fiducia.**

La CDCBaleares no distingue ninguna. No obstante, habida cuenta que, como ponen de manifiesto LLODRÁ GRIMALT, JIMÉNEZ GALLEGO y CERDÁ GIMENO[868], en el Derecho Civil de Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no es legitimario, una situación "discriminatoria y perjudicial", y sólo desde la reforma de la CDCBaleares por la Ley de 2017 tiene un derecho de usufructo en la sucesión intestada, puede salir peor parado si hay testamento que si no lo hay. Pues bien, como en Derecho civil aragonés, navarro o vasco, puede invertirse el problema y aprovechar el causante la fiducia para proteger al viudo con este instrumento, retrasando la atribución de la herencia y concediéndole, adicionalmente, el carácter de heredero usufructuario o legatario usufructuario sobre la misma.

---

[864] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 853. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373.

[865] CERDÁ GIMENO, José. *Costumbres jurídicas en Las Phitiusas*. Dykinson, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-9982-806-0, pp. 319-320.

[866] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 371. 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 847.

[867] GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1205.

[868] Según LLODRÁ GRIMALT, Francesca. "Capítulo 48. La legítima y la definittio en las Islas Baleares", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2091, el viudo no es legitimario (art. 79 CDCBaleares). En el mismo sentido, JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit, pp. 495. También CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 817.

**4. Requisitos.**

*4.1. Requisitos subjetivos.* La doctrina Balear distingue entre "ordenante" o "fiduciante", "fiduciario" y destinatario o sucesor.

Dado que la normativa autonómica de Baleares carece de regulación propia sobre la discapacidad, le resulta de aplicación, como en el Derecho Civil Vasco, las modificaciones introducidas en el Código civil por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El análisis en profundidad de la relación entre personas con discapacidad y delegación de la facultad de testar se hará en la parte de esta obra que trata de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

4.1.1. El ordenante de la fiducia (fiduciante) es la persona de cuya sucesión se trata. a) Legitimación. Deberá tener vecindad civil "local" de Ibiza o Formentera (art. 2.2, 18 y 65 CDCBaleares y art. 9 y 13 CC) u otro punto de conexión que así lo permita, p.ej. conforme al Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo[869], algo muy importante en dichas islas dada la cantidad de extranjeros en las mismas residentes[870]. b) Capacidad. "Según el negocio que sirva de instrumento a la constitución de la fiducia, dicho causante será un testador, un heredante, un otorgante de capítulos matrimoniales o, simplemente, de una escritura pública de constitución de fiducia sucesoria. El art. 71 CDCBaleares no establece ningún requisito de capacidad para ordenarla, con lo cual hemos de entender que se requerirá la especialmente requerida para otorgar el negocio de que se trate, la de otorgar testamento (art. 662 y ss. CC) y, en caso de ordenarse en una escritura *ad hoc*, bastará tener la capacidad general para contratar y obligarse"[871]. Está de acuerdo

[869] En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Cfr. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. Y URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354. En tal sentido la RDGRN de 24-07-2019 sobre pactos sucesorios, admite que ante la imposibilidad de aplicar el criterio de la vecindad civil a un ciudadano alemán residente en Formentera, debe aplicarse el de la residencia habitual conforme al citado Reglamento (UE) 650/2012.

[870] En tal sentido, confirmando la revocación de la RDGRN de 24-05-2019, se ha pronunciado la STSJ de Baleares (Sala Civil y Penal) de 14-05-2021: "Más allá del caso concreto, la conclusión que podemos extraer, y que no podemos sino confirmar es que, careciendo los extranjeros de vecindad civil, cuando la norma de conflicto internacional nos lleve a una de las normas españolas habrá que elegir la del lugar de residencia de éste, por lo que su sucesión podrá estar sometida a cualquiera de los derechos existentes". Citada por IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, en "El Tribunal Superior de Justicia de Baleares confirma la aplicación del pacto de definición a un causante extranjero residente en Mallorca". Recuperado de http://www.forulege.com/?atala=bloga_ikusi&id=1653&hizkuntza=1.

[871] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 847. Recordemos que para testar (art. 662-666 CC) es preciso no estar incapacitado y alcanzar los 14 años. El donante deberá tener la libre disposición de sus bienes (mayoría de edad, 18 años, art. 322 CC y no incapacitado, art. 199 CC). También GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp. 1201.

JIMÉNEZ GALLEGO[872] quien apunta que el pacto sucesorio requiere emancipación o mayoría de edad del instituyente.

4.1.2. El nombrado para ejecutar el encargo (fiduciario). a) Legitimación. La encomienda de ordenar la sucesión sólo puede hacerse al cónyuge (art. 73 CDCBaleares) y al contrayente, si se ordena la fiducia en capítulos matrimoniales antenupciales (art. 66.2 CDCBaleares), en pactos sucesorios o en escritura *ad hoc*[873]. En cuanto a la pareja estable la doctrina[874] comparte que el art. 13 Ley balear de Parejas Estables[875], que otorga al miembro sobreviviente "los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil Balear prevé al cónyuge viudo", resulta literalmente forzado para entender autorizada la fiducia a su favor, si bien en aras a una interpretación ontológica de equiparación de ambas instituciones se admite por unanimidad. No obstante, CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[876] rechazan que pueda instituirse fiduciario a la pareja estable en capitulaciones porque no son cónyuges, aunque sí admiten su nombramiento en pacto sucesorio o en escritura *ad hoc*. b) Capacidad. Estas mismas autoras[877] observan, sin apuntar soluciones, que el art. 71 CDCBaleares nada dice sobre la capacidad necesaria para ser fiduciario, ni en qué momento ha de existir dicha capacidad. CERDÁ GIMENO, en base a MERINO HERNÁNDEZ[878] y el Derecho civil aragonés, exige al fiduciario mayoría de edad y ausencia de incapacidad en el momento del fallecimiento del causante. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[879] entiende más convincentemente, a mi entender por la supletoria aplicación del Código civil, y por analogía con lo dispuesto en los art. 893 y 1716 CC para el albaceazgo y el mandato respectivamente, que será la capacidad necesaria para realizar el acto concreto a través del cual se cumpla el encargo del comitente y bastará que el fiduciario sea menor emancipado.

---

[872] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 372: "La capacidad para nombrar fiduciario será la misma capacidad que para otorgar el negocio que contenga el nombramiento: capacidad para testar, para capitular, etc.". Y pp. 614, la capacidad para otorgar pactos viene regulada indirectamente en las capitulaciones, art. 66 CDCBaleares, emancipación o mayoría de edad.

[873] Expresión que usa JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 370, a lo largo de su tan meritada y meritoria obra, sin duda para evitar el uso de la expresión poder testatorio.

[874] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 848 y JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 370. Parece también pronunciarse a favor CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1419.

[875] Ley 18/2001 de 19 de diciembre de 2001, de Parejas Estables. Art. 13: "Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo"

[876] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 847.

[877] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 848.

[878] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1419. MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 118 y 119.

[879] GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, Francisco Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 149.

4.1.3. Sucesores. Comentan CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[880] que de la delegación de la sucesión para asignar a los "hijos" de la Compilación de 1961, se pasó en el Texto Refundido de 1990 a permitirla a favor de los "descendientes", eso sí, siempre comunes[881] al comitente y al fiduciario, por lo que, a salvo las legítimas[882], podrían resultar instituidos los nietos del causante en perjuicio de los hijos. CERDÁ GIMENO[883] excluye la intervención del fiduciario cuando no existan tales descendientes, y descarta, además, que el fiduciario esté autorizado para atribuir la parte de libre disposición de la herencia a personas ajenas a dicho grupo, ni aunque hayan sido cubiertas ya las legítimas y ni aunque medie permiso del causante al efecto, la cual es la misma conclusión a que llega la doctrina respecto del art. 831 CC. JIMÉNEZ GALLEGO[884] constata que la expresión de los pactos sucesorios, art. 73 CDCBaleares ("La institución podrá hacerse determinando en el propio pacto las personas llamadas a la herencia o estableciendo las reglas conforme a las cuales deba ésta deferirse en el futuro o delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión") permitiría interpretar que el fiduciario pueda hacer asignaciones sucesorias a favor de terceros, pero no se atreve a asegurarlo en firme.

La limitación de las facultades del comisario a ordenar la sucesión sólo respecto de los hijos y descendientes comunes con el causante ha planteado en Derecho común el problema de que el testador delegue en los respectivos progenitores de los respectivos hijos, creando una especie de pluralidad de comisarios lo cual además de ser una situación inédita en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que admiten la figura del

---

[880] 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*, ed. 2016, obra cit. 850.

[881] Dice MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 91, que el art. 197 LDCGalicia "contiene una disposición similar a la del citado art. 71 de la Compilación balear, restringiendo el nombramiento a los descendientes comunes y privando al comitente de la facultad de autorizarle a distribuir la herencia entre sujetos distintos de los descendientes comunes". No obstante, RUEDA ESTEBAN, Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 466, aunque no apuesta por ello decididamente sí explora la posibilidad de que, como quiera que el art. 831 CC no lo prohíbe, pueda delegarse, expresamente, la facultad de mejorar a favor de hijos del finado que no sean comunes.

[882] Conforme a los art. 79 y ss. CDCBaleares, son titulares en primer lugar los hijos y descendientes y los padres y ascendientes a falta de aquéllos, de una legítima *pars valoris bonorum* (cfr. art. 82 CDCBaleares y SAP de Baleares, sec. 3ª, de 21-02-2001) conmutable en metálico. La legítima de descendientes y ascendientes es individual, no colectiva pero la porción del que no la adquiere no acrece a los colegitimarios. El viudo no es legitimario lo que merece crítica desfavorable a JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 495: "En el Derecho de Ibiza-Formentera, el cónyuge viudo no es legitimario. Se ha justificado esto señalando que ha sido costumbre atribuirle el usufructo universal en capitulaciones matrimoniales, heredamiento o testamento. No obstante, como ya señaló hace años Cerdá Gimeno, los capítulos matrimoniales con heredamiento prácticamente ya no se otorgan y hoy en día muchos testamentos no reconocen derechos al cónyuge viudo. Este autor fue de la opinión que la situación del cónyuge viudo es "discriminatoria y perjudicial" y señaló que, dado que tiene ahora un derecho de usufructo en la sucesión intestada. puede salir peor parado si hay testamento. La normativa no fue modificada, no obstante, por la ley de reforma de 2017".

[883] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1400.

[884] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit. 373: "En el art. 73 se dispone que la institución de heredero podrá hacerse "delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión", lo que parece remitir a un contenido más amplio que el de la fiducia testamentaria del art. 71, si bien la interpretación según la costumbre puede llevar a reducir su ámbito a los descendientes comunes".

comisario, podía dar origen, como es fácil de prever, a numerosas complicaciones (FERNÁNDEZ HIERRO y PÉREZ VELÁZQUEZ[885]).

*4.2. Requisitos objetivos.*

4.2.1. La "facultad de ordenar la sucesión" de los art. 71 y 73 CDCBaleares suponen encomendar al fiduciario la designación de sucesor y cuantas facultades le correspondan al primero en orden a la transmisión sucesoria de los mismos que por consenso de la doctrina[886] se categorizan en: a) La designación, de heredero o herederos, de entre los descendientes comunes a fiduciante y fiduciario, siendo lo tradicional nombra uno solo heredero. b) Distribuir los bienes del causante, en la forma que tenga por conveniente y, por tanto, en partes iguales o desiguales, ya sea mediante legados o a través de donaciones. c) Fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos, y d) señalamiento y pago de legítimas. En particular admite la doctrina que el fiduciario pueda fijar sustituciones, condiciones, fideicomisos, y particularmente el señalamiento y pago de legítimas que CERDÁ GIMENO[887] sustenta en los art. 831 y 1057 CC.

4.2.2. No obstante hay tres tipos de restricciones en orden a la función de ordenación sucesoria: a) el respeto a las disposiciones del causante, pues el fiduciario no podrá modificar su propia encomienda pero podemos plantearnos si puede revocar el testamento del comitente. Además, éste puede haber otorgado disposiciones en principio irrevocables (capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio, donación). b) El respeto a las mismas normas imperativas que vinculan al causante, conforme al marco normativo de la sucesión, su ley personal en el momento de su fallecimiento, las legítimas[888] c) El respeto a las concretas instrucciones dadas por el causante[889].

---

[885] FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel. "La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA.* ISSN: 1888-0525, Año V - Extraordinario n° 4 - Bilbao, junio de 2007., pp. 32. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo. "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", en *Anuario de derecho civi*l, ISSN 0210-301X, Vol. 72, Nº 4, 2019, pp. 1140.

[886] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 851, inspirándose en MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 90, citan las facultades comprendidas en la delegación. CERDÁ JIMENO, José, CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit, pp. 1384, recoge la misma clasificación. Esta categorización la dio en 1972 CELAYA IBARRA, Adrián, en *El Testamento por* comisario, obra cit., pp. 765.

[887] Ibídem.

[888] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 852. CERDÁ JIMENO, José, "*Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*", obra cit., pp. 1385. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 457 y 458 "En el Derecho de Ibiza-Formentera, son legitimarios, en primer lugar, los hijos y descendientes. La legítima (global) es la tercera parte si concurren cuatro o menos y la mitad, si concurren más de cuatro, al igual que en el Derecho de Mallorca-Menorca. En defecto de descendientes, son legitimarios los padres, o el que de éstos sobreviva. Al igual que en el Derecho de Mallorca-Menorca, no son legitimarios los ascendientes de grado ulterior (…) En el Derecho Ibiza-Formentera no hay norma especial sobre titulo de atribución de la legítima, a salvo lo dispuesto en el articulo 81.3: si la legitima se ha atribuido por legado, asignación o señalamiento de cosa especifica, el legitimario hace suyos los frutos de la misma. No debe haber duda, al amparo del principio del respeto a la voluntad del causante, que la legítima puede ser atribuida por titulo de herencia". Según CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca. "Capítulo 20. La fiducia

*4.3. Requisitos formales.* Según JIMÉNEZ GALLEGO[890] "La designación de fiduciario puede hacerse desde el año 1990 en testamento (aunque no sea ante notario[891]) o en escritura pública (por tanto, aunque no sea escritura de testamento), en una escritura de "espòlits" (capitulaciones matrimoniales), de un pacto sucesorio, donación universal[892] o una escritura *ad hoc*. Dichas formas son un requisito *ad solemnitatem* o de validez del negocio jurídico concernido, como defiende GARRIDO MELERO[893].

**5. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por el fiduciario.**

Es de destacar la insuficiente regulación de esta figura en el magro art. 71 CDCBaleares, que habrá de rellenarse por analogía con el art. 831 CC, las fiducias sucesorias en Aragón y Navarra y la sucesión por comisario en el País Vasco.

*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.* Afirma la doctrina balear[894] que mientras el fiduciario no haya realizado el encargo los eventuales beneficiarios, los descendientes legitimarios, no han adquirido ningún derecho, sólo tienen una expectativa pendiente de la decisión del fiduciario. Frente a ello, la Compilación no da ningún medio jurídico para proteger el derecho a la legítima hasta que no se conozca quiénes van a ser los herederos, por lo que hay que entender que entre tanto no se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de las legítimas.

Observo que esto debe suceder, no porque haya una legítima colectiva de libre distribución, pues en Ibiza y Formentera es individual (art. 79 CDCBaleares), sino porque el heredero es el obligado al pago a los sucesores forzosos (art. 81

---

sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ed. 2016, obra cit., pp. 2091, JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 495 y CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 817, el viudo no es legitimario (art. 79 CDCBaleares). Según JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 452, la legítima de los hijos es de distribución igualitaria.

[889] Ibídem.

[890] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 370.

[891] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 845: "El único requisito que preceptúa el artículo 71 para su válida constitución es de índole formal: su constancia en escritura pública".

[892] STS, de 16-05-1988 "Tercero. La facultad de deferir la herencia por donación universal es algo admitido en Ibiza antes y después de la Compilación (artículos 6 a 13 de la Compilación, aunque el primero se haya omitido en la referencia del art. 69 para las islas Pitiusas), de manera que si el heredante tiene, según lo pactado, facultad reservada para designar herederos o donatarios, siendo ambas formas solemnes, no existe "ratio legis" para que se le limite su facultad al uso exclusivo de la forma testamentaria, por el simple hecho de que el art. 74 de la Compilación aludida únicamente a esta forma, que debe entenderse enunciativa, pero no limitativa o imperativa, siempre y cuando, repetirnos, se haga la designación de manera solemne, para evitar inseguridad jurídica".

[893] GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1202 y 1203.

[894] CERDÁ JIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1387. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 372. 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 853.

CDCBaleares) y dicho heredero está indeterminado. Así las cosas entiendo que la regulación de Ibiza y Formentera puede sortear dos problemas que se dan para el fiduciario del art. 831 CC, a saber, que la legítima estricta se debe pagar inmediatamente, antes del ejercicio de la función fiduciaria y que el mismo no puede beneficiar a los descendientes no comunes. De esta manera el fiduciario puede nombrar heredero universal a un descendiente común con el causante, heredero que pagará las legítimas de sus hermanos y medio hermanos (o sobrinos) una vez sea llamado a la herencia y la acepte.

*5.2. Inventario.* Las posibilidades de pedir formar inventario o prestar garantías se reducen a que lo haya ordenado el causante, pues la CDCBaleares calla sobre el particular. Otras legislaciones regionales españolas se lo exigen al fiduciario, ora directamente, ora como consecuencia del carácter de usufructuario del mismo, ora a consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal del causante. Frente a dicho silencio podríamos recurrir muy forzadamente a la analogía con el fiduciario de la sustitución fideicomisaria para exigir al viudo delegado que forme tal inventario. De ahí que sea aconsejable que el causante nombre albacea, no sólo por la administración del caudal hereditario pendiente el ejercicio de la fiducia, sino, asimismo porque debe fromar inventario (art. 902.4º CC, STS, Sala 1ª, de 22-02-1973, y art. 791 y ss. CC, por aplicación supletoria; y la ley 296 CDCFNavarra y art. 316 CCCataluña, por analogía).

*5.3. Administración y representación.* Nuevamente la Compilación Balear calla sobre el asunto. La doctrina trata de rellenar este hueco legislativo y así JIMÉNEZ GALLEGO coincide con CERDÁ GIMENO[895] cuando éste afirma que mientras no se ejercite la fiducia, el fiduciario tiene la administración de los bienes por analogía con la fiducia catalana[896].

También, en mi opinión, podríamos traer a colación las diferentes soluciones apuntadas por la doctrina acerca del problema de quién era el administrador de la herencia pendiente el ejercicio del art. 831 CC, antes de su reforma por la Ley 41/2003. Se apuntaban ideas tales como que la misma correspondía a los herederos presuntos con mayorías a formarse teniendo en cuenta la participación abintestato de cada uno de ellos, bien por mayoría de los mismos, como defendió LACRUZ BERDEJO[897], bien por unanimidad, así SECO CARO[898]. GARRIDO DE PALMA[899] defendía que la administración debía recaer en el viudo, opinión que respaldaba VALLET DE GOYTISOLO[900] sólo en caso de que se le concediere el usufructo de la herencia o tuviese la patria potestad sobre los hijos, pero no en otro caso.

---

[895] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373. CERDÁ GIMENO, José, *Costumbres jurídicas en Las Pithiusas*, obra cit., pp. 320.

[896] CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1432.

[897] LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 458.

[898] SECO CARO, enrique, *Partición y mejoras encomendados al cónyuge*, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 201.

[899] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código civil. Algunas aplicaciones", obra cit., pp. 2024.

[900] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 428.

Por tanto, el causante no sólo podrá, sino que deberá de nombrar un albacea universal (art. 892 y ss. CC) que será el administrador y representante judicial y extrajudicial de la herencia (art. 6 y 7 LEC) y hará mejor en nombrar fiduciario y albacea al cónyuge y, todavía mejor, además, designar a este último usufructuario de la herencia, como hemos dicho. Caso contrario sólo cabría recurrir a soluciones drásticas, como el ejercicio parcial de la fiducia, o soluciones valientes como pedir judicialmente un administrador de la herencia, tal y como explica MONJE BALMASEDA[901], aunque, literalmente, los art. 790 y 791 LEC y art. 1020 CC no lo permitirían.

*5.4. Actos de disposición.* Tampoco nada prevé la normativa balear al respecto. Como solución citamos al análisis de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[902] sobre el comisario vizcaíno bajo la Ley 3/1992, quien entendió que el testador podía conferir facultades dispositivas entre vivos al comisario vizcaíno por analogía con el albacea (por todas, la STS, Sala 1ª, de 09-06-1993) aunque en tal caso los legitimarios deberían prestar su consentimiento pues los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima (art. 81.2 CDCBaleares).

*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* Como el régimen económico matrimonial supletorio en Baleares es el de separación de bienes (art. 3, 65 y 67 CDCBaleares) los autores no tratan mucho la cuestión[903].

---

[901] MONJE BALMASEDA, Óscar y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa. "La Administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español". En *Ética y jurisprudencia*. ISSN 1690-6330 n° 3/2004, pp. 34. Invocan a una gran cantidad de autores y concluyen: "Sin embargo, la doctrina dominante ha defendido su aplicación por analogía en todos aquellos casos en los que el patrimonio hereditario, pendiente de aceptación, se encuentre desprotegido, convirtiendo al artículo 1020 C.c. del Código, y sus concordantes, en otra regla general en materia de administración de la herencia yacente (…) Así, estarían legitimados para promover la administración judicial de la herencia, no sólo los herederos, legatarios y acreedores, sino cualesquiera otras personas que puedan tener algún interés como, sustitutos, albaceas, etc., en la buena administración y custodia de los bienes hereditarios". Esta postura es rechazada por la jurisprudencia (así STS, Sala 1ª, de 06-06-2016) que reduce la aplicación del art. 1020 CC a los supuestos en que "condiciona dicha remisión a que por vía judicial se haya realizado la aceptación de la herencia a beneficio de inventario". Tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, el competente es el Notario, lo que refuerza el argumento del Tribunal Supremo. Tampoco los equivalentes art. 792 y 795 LEC parecen ser de aplicación a decir del AAP de Sevilla, sec. 5ª, de 22-07-2009 o del AAP de Huelva, sec. 2ª, de 07-09-2017: "Se olvida que sólo se nombra administrador cuando está pendiente la declaración de herederos abintestato o un procedimiento judicial de partición hereditaria y se pida el inventario e intervención judicial con el consiguiente nombramiento de administrador (art. 792 LEC en relación con los 791.2.2º1, 793.2 y 795)". En el mismo sentido que la jurisprudencia, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús en "La intervención del caudal hereditario", en José-Luis Seoane (dir.), *La división judicial de patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*, CGPJ, Madrid, 2004. ISBN 84-96228-47-9, pp. 460.

[902] GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, Francisco Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 160.

[903] En mi opinión, las claras reglas de formación de inventario judicial o notarial (art. 29 y 37 CDCBaleares) permiten aclarar las tres masas, privativas y común que hubiere tenido el matrimonio. Para liquidar, dividir y adjudicar esta última, sobre la base de lo visto sobre actos de disposición, art. 33 y 34 CDCBaleares y el supletorio art. 1052 CC, concluimos que la sociedad conyugal del ordenante deberá ser liquidada: a) Por el heredero distribuidor con el viudo. b) Por el heredero distribuidor viudo con la concurrencia de todos los sucesores presuntos o por el viudo heredero distribuidor con el contador-partidor designado por el causante. c) Por el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a instancias del comisario o del viudo (art. 803 y ss. LEC). d) ¿Podría el heredero distribuidor viudo partir la sociedad conyugal unilateralmente? Aunque el conflicto de intereses es evidente y la respuesta más común es que no, acerca del art. 831 CC, similar en las facultades "distributivas" al art. 18 CDCBaleares, la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015 permite la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales porque permite la atribución de bienes de la herencia y

**6. Ejecución de la fiducia.**

*6.1. Requisitos de la ejecución.*

6.1.1. Requisitos subjetivos. Para JIMÉNEZ GALLEGO[904] no cabe dar razones en favor de la elección por acto entre vivos o por acto mortis causa, es decir, el acto de ejecución no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad libremente emitida.

6.1.2. Requisitos objetivos. El encargo puede consistir en elegir herederos, asignar bienes entre éstos o ambas cosas a la vez, incluso asignar un solo bien a título de legado; el encargo puede ejecutarse de una vez o mediante sucesivos actos, que serán revocables o irrevocables según la forma *inter vivos* o *mortis causa* utilizada (CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[905]). Ello significa que el fiduciario no tiene por qué ejecutar la fiducia de una vez sino que puede cumplir el encargo recibido por partes, esto es, haciendo la distribución de los bienes del causante en momentos distintos, como por ejemplo, otorgando una donación a uno de sus descendientes (ejecución por acto *inter vivos*) reservándose el resto de los bienes del premuerto para disponer de ellos en testamento, por vía de legados o, incluso, mediante cláusulas de legado y de institución hereditaria.

6.1.3. Requisitos formales. El art. 71 CDCBaleares sí se ha preocupado de ordenar que los actos del fiduciario en cumplimiento del encargo deben constar en testamento o en escritura pública. JIMÉNEZ GALLEGO[906] concluye que "El cumplimiento del encargo puede hacerse utilizando las mismas formas que la designación de fiduciario, esto es, en testamento (por tanto, aunque no sea ante notario) o en escritura pública (por tanto, aunque no sea escritura de testamento). El encargo ejecutado por acto entre vivos es irrevocable. A contrario, aunque no lo diga la Compilación, el encargo ejecutado por testamento será siempre revocable, por la propia naturaleza de éste". Nuevamente, CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[907] requieren escritura pública en todo caso, esto es no aceptan el testamento ológrafo como modo de que el fiduciario ordene la sucesión del causante.

---

gananciales sin liquidar la sociedad y porque excede de la labor del contador partidor. En dicha sentencia, además, el testador había autorizado expresamente al efecto al fiduciario-viudo, precaución que, por lo tanto habría de adoptarse en su nombramiento. Misma autorización que un supuesto de sustitución fideicomisaria voluntaria resuelto positivamente por la RDGRN de 29-06-2017: "Ante esta peculiar institución jurídica a término en cuanto al llamamiento, pero condicional en cuanto al contenido, se plantea la cuestión de si los fideicomisarios deben concurrir a la partición. En este aspecto, dados los amplios términos de la disposición testamentaria, en la que se autoriza para disponer por actos «inter vivos» y a título oneroso, quedando a su prudente arbitrio la necesidad de la disposición, debe entenderse que dentro de estas facultades dispositivas, se encuentran implícita la facultad de partir, pues de no admitirse este criterio, las facultades dispositivas de la fiduciaria quedarían gravemente limitadas".

[904] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 363.

[905] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 851.

[906] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373.

[907] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 853.

*6.2. Efectos de la ejecución.* Según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[908] la consecuencia fundamental es la delación sucesoria en ese momento a favor de los beneficiarios a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento (art. 71 CDCBaleares). Conforme al párrafo último de dicho precepto, la ejecución del encargo hecha por acto *inter vivos* será irrevocable, de lo que se deduce que la hecha por actos *mortis causa* será revocable. Para CERDÁ GIMENO[909] "la decisión del cónyuge podrá hacerse: en su propio testamento (con una cláusula especial "*ad hoc*"), en un testamento especial de designación de heredero de su cónyuge (excepción clara al art. 670 CC), en un heredamiento a favor del hijo que se casa y en una escritura especial denominada en las Pitiusas "de designación de heredero".

Cuestión no resuelta es que por la aceptación del llamamiento, los sucesores lo son desde la muerte del causante (art. 440 y 989 CC), por contraposición al art. 322 CDCFA, que retrasa los efectos de la delación, al ejercicio de la fiducia.

*6.3. Ineficacia de la ejecución.* La CDCBaleares no prevé las consecuencias de la frustración de la ordenación de la sucesión que efectúe el fiduciario. Como el art. 69 de dicho texto legal hace compatible la sucesión testada con la intestada en Ibiza y Formentera, al contrario que en Mallorca y Menorca[910], cabe preguntarse para el supuesto que el designado no pueda o no quiera suceder o la sucesión fuere ineficaz, si sobre los bienes objeto de esa atribución se aplica la sucesión preventiva que eventualmente hubiera previsto el causante, o la abintestato, por su defecto. O al contrario, si vuelven a sujetarse a las facultades de ordenación sucesoria del fiduciario, opción por la que se decanta la mayoría de las legislaciones forales.

**7. Extinción de la fiducia.**

*7.1. Causas de extinción.* CERDÁ GIMENO, se remite al Derecho civil aragonés y más concretamente a las conclusiones de MERINO HERNÁNDEZ[911], lo que nos parece excesivo pues hay supuestos que manifiestamente carecen de previsión en la CDCBaleares (indignidad sucesoria del fiduciario, hijo no matrimonial del fiduciario) o dudosas (nuevas nupcias[912] o vida marital del viudo[913]). Por lo que seguiremos a CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[914]:

---

[908] Ibídem.
[909] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385.
[910] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 409.
[911] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1451. MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 181 y ss.
[912]Se plantea CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1422, si el ordenante puede dispensar al viudo de la pérdida de su cargo de fiduciario si contrae nuevas nupcias y concluye que no. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 372, 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 848, oponen que, ante el silencio del art. 71 CDCBaleares, debe entenderse que aun en esta hipótesis, el fiduciario mantiene el encargo recibido, excepción hecha de que el ordenante hubiera configurado el nuevo matrimonio del viudo como causa de extinción de la fiducia sucesoria.
[913] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1421 y JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares.*

7.1.1. Nulidad matrimonial, separación y divorcio de comitente y fiduciario y extinción de la pareja estable. JIMÉNEZ GALLEGO[915] resumen el estado de la cuestión: "La Compilación dispone la ineficacia de lo otorgado en *espòlits* en caso de nulidad, separación legal o divorcio (art. 66.8, redactado por la ley de reforma de 2017). Esto plantea la cuestión de si la ineficacia se produce también en estos casos si la fiducia se ordenó en testamento, pacto sucesorio o escritura ad hoc. Olga CARDONA GUASCH[916] ha mantenido que la ineficacia se produce siempre, incluso en caso de separación de hecho. Es una cuestión discutible, especialmente en caso de separación de hecho, que merecería una norma legal para que no se planteara duda sobre algo tan importante. En principio, la institución de heredero a favor del cónyuge dispuesta en un testamento no queda revocada por una separación o divorcio". Aunque entiende que siguiendo la tesis de la STS, Sala 1ª, de 28-09-2018 y el art. 767.1 CC por la que la subsistencia de la institución de heredero a favor del "esposo" no se basa en la literalidad sino en la pervivencia de dicho motivo de la institución, piensa que en el futuro podría admitirse tal causa. Pero opone que "Esta doctrina podría ser aplicable a los casos en que, por el poco tiempo transcurrido antes de la muerte del testador, es razonable deducir que no ha tenido tiempo de modificar el testamento. Pero en otro caso implica presuponer una voluntad del testador que éste nunca manifestó en forma testamentaria, pudiendo hacerlo".

---

*Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 372, entienden que no es causa de extinción de la fiducia por falta de previsión expresa de la Ley, al contrario que en otros Derechos civiles Forales o Especiales.

[914] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 854.

[915] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 371.

[916] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 848: "a) Nulidad matrimonial. En el caso de que el matrimonio entre fiduciante y fiduciario haya sido declarado nulo, la fiducia sucesoria quedará sin efecto. b) Divorcio. Dado que el divorcio supone la disolución del vínculo matrimonial, la fiducia conferida al cónyuge queda ineficaz una vez firme la sentencia de divorcio o el decreto que lo declare o, en su caso, una vez otorgada la escritura pública donde conste el consentimiento de los cónyuges de divorciarse de mutuo acuerdo. Combinando estos dos últimos supuestos de divorcio, introducidos en el Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, con la figura objeto de estudio, cuya finalidad es ordenar la sucesión a favor de los descendientes comunes mediante delegación, cabe entender que ha de tratarse de matrimonios disueltos ante Secretario judicial o ante Notario que tengan hijos que ya no dependan personalmente de sus progenitores, bien por ser menores emancipados o por haber alcanzado la mayoría de edad. De haberse constituido la fiducia en «espòlits», su extinción a resultas del divorcio concuerda, además, con la regla general proclamada en el artículo 66.6 CDCBaleares, según la cual el divorcio produce la ineficacia de los capítulos matrimoniales y, por ende, de todas sus estipulaciones. c) Separación. Aunque la separación no determina la ruptura del vínculo conyugal, es lo cierto que con ella desaparece el fundamento de la fiducia sucesoria cual es la confianza que motiva la delegación de facultades en el otro cónyuge. Así pues, cabe entender que, tanto en los casos de separación judicial como en la separación de hecho, al faltar el elemento de la confianza, el nombramiento de fiduciario deviene ineficaz (…) e) Extinción de la pareja estable. Establece el artículo 8LPE las causas de extinción de la pareja estable. De dicha regulación puede distinguirse entre causas voluntarias, que determinan la extinción en vida de sus miembros, y causas involuntarias. Respecto de las primeras, el mutuo acuerdo, la voluntad de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro, el cese efectivo de la convivencia durante un período superior a un año y el matrimonio de uno de sus miembros determinan la ineficacia sobrevenida de la fiducia ordenada a favor del otro conviviente. Esta solución queda corroborada por lo dispuesto en el artículo 8.2, párrafo último, según el cual la extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros hubiera hecho a favor del otro".

7.1.2. Revocación de la fiducia. JIMÉNEZ GALLEGO[917] "El nombramiento seguirá las vicisitudes del negocio jurídico que lo contiene. Si ha sido en testamento, quedará sin efecto por la revocación de éste. Si ha sido en *espòlits*, quedará sin efecto por acuerdo de ambos cónyuges; en este caso no creemos que sea suficiente la voluntad unilateral del disponente (si bien reconocemos que es discutible y que dependerá de la redacción de la cláusula), pues el nombramiento, aunque no sea recíproco, va inserto en un «pacto». No es equiparable al supuesto de la donación universal mallorquina-menorquina. Si ha sido en escritura *ad hoc* otorgada unilateralmente, bastará la revocación unilateral. Si ha sido en pacto sucesorio, será necesario, en principio, un nuevo acuerdo de ambos cónyuges, salvo que del pacto pueda deducirse que se trata de una decisión meramente unilateral (lo que no será fácil)".

7.1.3. Conclusión del plazo establecido. Según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT y JIMÉNEZ GALLEGO[918], como la Compilación no regula los plazos, hay que entender que, en defecto de que el instituyente haya dispuesto otra cosa, el fiduciario tiene toda su vida para ordenar la sucesión. De hecho ha sido usual que el fiduciario ordene la sucesión del causante en el propio testamento de aquél.

7.1.4. Muerte, imposibilidad o incapacidad del fiduciario.

7.1.5. Renuncia del fiduciario. Para CERDÁ GIMENO[919] "La aceptación por el cónyuge del encargo no está sujeta a modalidad ni plazo alguno, pudiendo demorarla hasta su muerte y efectuarla en su testamento. No se prevé procedimiento ni plazo alguno para la aceptación. ¿Cabría recurrir por analogía a la interpelación del art. 898 CC?".

7.1.6. Acaecimiento de causas establecidas en el documento de constitución de la fiducia.

7.1.7. Acuerdo extintivo por voluntad de los beneficiarios. Esta causa es de aplicación sólo para la parte de la doctrina que entiende que la fiducia otorgada en capitulaciones o pacto sucesorio es irrevocable.

*7.2. Efectos de la extinción.* Según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[920], a falta de testamento o heredamiento preventivo se abrirá la sucesión abintestato, en cuyo caso serán llamados los hijos comunes por partes iguales, representando a los premuertos sus respectivos descendientes, por estirpes conforme al Código civil (art. 84 CDCBaleares) y el correspondiente derecho vidual del cónyuge.

---

[917] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 371.

[918] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 853. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373

[919] CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385.

[920] 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 854.

No obstante, si todos los hijos premueren al cónyuge fiduciario nombrado usufructuario, y no hay previsión en contrario, éste quedará convenido en heredero libre, por analogía con lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria según JIMÉNEZ GALLEGO y CERDÁ GIMENO[921]. Sin embargo, en mi opinión ello no es coherente con el carácter de no heredero del fiduciario, así como tampoco con las interpretaciones gramaticales y sistemáticas de los art. 71 y 84 CDCBaleares, particularmente el ap. 4 de este último precepto que se remite al orden del Código civil común: descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales hasta el cuarto grado y la Comunidad Autónoma.

[921] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373. CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1388.

## V. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA.

### 1. Antecedentes y regulación actual.

Para MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[922] "La fiducia sucesoria, como tal, no existía en el Condado de Cataluña: ni los textos legales, ni los «usatges» recogían dicha figura, ni ninguna otra similar, como el testamento por comisario o el poder testatorio. Dicha ausencia se fundamenta en que, como decía Pedro Nolasco Vives, por el derecho canónico y civil se halla prohibido el nombramiento de una persona incierta o con dependencia de la libre voluntad de un tercero"; y continúa: "en Cataluña... no son conocidos los comisarios testamentarios. Pero, pese a la prohibición existente, sí que podemos encontrar una cierta «delegación sucesoria con base consuetudinaria»".

NÚÑEZ IGLESIAS[923] coincide con dichas ideas y afirma que posteriormente, concretamente en los siglos XVI y XVII en la zona de Pallars Sobirá, el Pirineo catalán y Andorra se constata la costumbre de confiar a la esposa y a otros parientes la última disposición, a los que ROCA SASTRE[924] 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. Efectivamente, según DEL POZO CARRASCOSA /VAQUER/BOSCH[925] la regulación vigente procede del Proyecto de Compilación de 1955, la cual reconoció, frente a la prohibición del derecho romano, la práctica consuetudinaria de delegar en una junta de parientes la elección entre la descendencia del causante del concreto heredero. Dicha práctica tenía lugar en la zona pirenaica de Cataluña, en particular en el Pallars Sobirá, en cuya capital, Sort, estuvo destinado como registrador Ramón María Roca Sastre, principal redactor del Proyecto de 1955 y, por ende, de la Compilación de 1960 en materia de derecho sucesorio, texto normativo que extendió a toda Cataluña el encargo fiduciario, distinguiendo entre la atribución de la facultad electiva al cónyuge (art. 115 Compilación) o a dos parientes (art. 116 Compilación).

Además se observa un segundo tipo 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 los autores modernos denominan "herencia de confianza". Como siempre, NÚÑEZ IGLESIAS[926] reseña abundante jurisprudencia anterior a las Compilaciones de Derecho Civil que reconocen dichas prácticas. A esta "herencia de confianza", la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 28-03-2006, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, GETE-ALONSO Y CALERA y PUIG BLANES[927] le atribuyen un origen canónico fundado en el

---

[922] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa,* obra cit., pp. 66.
[923] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 94, 223, 276 y 279.
[924] ROCA SASTRE, Ramón María, "L'heretament fiduciari al Pallars Sobirá", obra cit., pp. 280.
[925] POZO (del) 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.
[926] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 376.
[927] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2ª, obra cit, pp. 592. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 772. PUIG BLANES, Francisco de Paula," "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN

principio "qui extremam voluntatem in alterius dispositionem commitit non videtur descedere intestatus"[928], reconociendo un sesgo impreso posteriormente por la costumbre y la jurisprudencia.

La primera regulación positiva de ambas figuras, que siguió dichos precedentes históricos, fue la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. En ámbitos locales determinados se reconocio una fiducia sucesoria a favor del cónyuge. Y con carácter general para toda Cataluña la herencia (y legado) de confianza, y también para toda Cataluña incluyó una ordenación amplia de fideicomisos y del albaceazgo.

La siguiente evolución normativa fue, según ESCOLÁN REMARTÍNEZ[929] la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, vigente hasta el 1 de enero de 2009, que establecía en los artículos 148 y 149 la institución de heredero fiduciario. El primero de los cuales no indicaba plazo para la ejecución de la fiducia por el cónyuge fiduciario, otorgando de este modo un plazo indefinido a su favor, ratificando así el criterio tradicional.

La actual regulación está en el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

**2. Diferencia de figuras afines.**

PUIG FERRIOL[930] opina que aunque el CCCataluña sólo regula la herencia y el legado de confianza, caben modalidades atípicas válidas, tales como el albacea de confianza y la confianza secreta abintestato. Pero no se admitirían ni la fiducia sucesoria absolutamente secreta, es decir aquélla en la que en el testamento no se manifiesta la existencia de las instrucciones del causante (STSJ de Cataluña de 23-04-1998), ni la figura del "nuntius" depositario de la voluntad del testador que no ostenta ninguna titularidad sobre el patrimonio, pues contradicen el carácter personalísimo del testamento.

Actualmente, el Capítulo IV del Título II del Libro IV del Código civil de Cataluña, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, como en Navarra, distingue de entre dos tipos de "Disposiciones fiduciarias". Por un lado, la designación de heredero por fiduciario (Sección 1ª, art. 424-1 y ss.). Y, por el otro, la "institución de heredero o legatario de confianza" (Sección 2ª, art 424-11 y ss.). También como en Navarra, hallamos el "fideicomiso de elección y de distribución" (art. 426-11 CCCataluña).

---

978-84-470-3812-1, pp. 158: Cita la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 28-03-2004 "que hace un detallado análisis de la figura desde sus orígenes canónicos, destacando que la razón por la que se solía acudir a la misma era que, si bien ofrece el peligro de la infidelidad de los herederos, permite, sin embargo, cumplir reservadamente obligaciones de conciencia".

[928] "El que en su última voluntad encomienda su disposición a otro no fallece intestado".

[929] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 161.

[930] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit.; pp. 281; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 772.

Aparte de estas tres figuras con un "fuerte sabor fiduciario"[931], existen en el Derecho civil catalán, según ABRIL CAMPOY/AMAT LLLARÍ/CECCHINI ROSELL/PUIG FERRIOL[932], varias figuras análogas, de heredero "determinable": Institución para sufragios y obras pías (art. 428-3.1 CCCataluña); la institución a favor de los pobres (art. 428-3.2 CCCataluña); la institución a favor de los parientes del testador (art. 423-9 CCCataluña). Son similares en su regulación a las instituciones homónimas del Código civil y a su parte correspondiente de esta obra, nos remitimos en consecuencia.

También están las sustituciones pupilar (art. 425-5 a 9 CCCataluña) y ejemplar (art. 425-10 a 14 CCCataluña) que permiten que ciertas personas hagan el testamento de otras las cuales, por no llegar a la edad mínima para poder testar, o por estar incapacitadas, no pueden otorgarlo por sí mismas. Estas sustituciones pupilar y ejemplar se caracterizan porque no son una mera representación formal[933], en la que los sustituyentes se limitan a manifestar las instrucciones que les haya podido conferir el menor o el incapaz; los sustituyentes tienen la facultad de testar en lugar del sustituido, sin otros límites que los señalados por la ley y los que puedan surgir de la naturaleza del cargo de que deriva la sustitución. Por tanto, el origen del "poder" es legal, está sujeto a límites institucionales, no voluntarios del instituido. Se concluye para tal supuesto que "implicaría el juego de la representación" de origen legal.

### 3. Clases de delegación sucesoria en Cataluña.

Por su interés para este estudio abordaremos de seguido un análisis separado de las tres instituciones de delegación de la facultad de ordenar la sucesión más características del ordenamiento jurídico civi catalán, que son las que siguen.

*3.1. La institución de heredero por fiduciario*[934]. Los art. 424-1 y ss. CCCataluña recogen la doctrinalmente conocida como "heredero distributario" o "cláusula de confianza", similar a la figura del art. 71 CDCBaleares, y que el primer precepto citado

---

[931] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 133.

[932] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 558.

[933] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 145. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, en *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 18 y "Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo (raj 2019, 2113)", obra cit., pp., obra cit., pp. 40, concluye que "implicaría el juego de la representación. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 2º, obra cit., pp. 57. Así hay un poder o representación legal puesto que es la ley, y no la voluntad del representado, la que actúa como mecanismo legitimador y constituye un fenómeno de sustitución de la voluntad del interesado por no ser ésta apta para actuar válidamente en el tráfico jurídico. Concebida así la institución, sí puede hablarse propiamente de testar por otro y, por tanto, de quiebra del personalismo formal". En Cataluña sustituciones pupilares y ejemplares abarcan todo el patrimonio del causante.

[934] PUIG FERRIOL, Luis, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVIII, Vol 1º, obra cit., pp. 254 y 274 reconoce la autoría de la denominación "institución de heredero por fiduciario"; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 762, entiende que es más apropiado el término "fiduciario" que heredero distributario pues "puede ser sólo heredero simple de elección". En cambio, ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565 llaman constantemente a la institución "heredero distributario". Sobre el uso de la cláusula de confianza como equivalente a esta figura, no al "heredero de confianza", las SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 29-11-2016 y SAP de Barcelona, sec. 17ª, de 21-05-2009.

define como "La designación de heredero por fiduciario" y, regula a través de dos modalidades: la fiducia individual y fiducia colectiva. Ambos tipos reflejan una concepción de la fiducia como integrativa de la voluntad del causante por la del fiduciario, como veremos.

*3.2. El heredero de confianza.* Los art. art 424-11 y ss. CCCataluña tienen contenido muy similar al Fuero Nuevo de Navarra, aunque parece que en Cataluña no cabe que el heredero de confianza sea una persona jurídica[935]. Las diferencias esenciales con la institución de heredero por fiduciario son, por una parte, que éste puede elegir sólo entre un grupo de personas ya conocidas[936], mientras que el heredero de confianza ha de cumplir con instrucciones que permanecen ocultas[937], consecuencia de lo cual, el heredero de confianza se limita a publicar la que le manifestó el testador, mientras que el heredero distributario al concretar la persona del heredero emite una declaración de voluntad propia[938].

*3.3. El fideicomiso de elección.* Esta figura jurídica aparece regulada en el art. 426-11 CCCataluña. Para MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[939] consiste en la concesión por el causante al fiduciario de la facultad de elegir al fideicomisario entre las personas que aquél designe por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado. La diferencia con la fiducia sucesoria y el heredero de confianza es que el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que, una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al fideicomisario (art. 426-1.1 CCCat). Es decir, según DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[940] "un mecanismo por el cual el causante puede ordenar el destino de sus bienes de manera sucesiva, en el sentido de que el primer llamado no los hace suyos definitivamente, sino que, pasado un tiempo -la mayoría de las veces al fallecimiento del primer llamado- dichos bienes deben entregarse a otra persona. De esta manera, el causante puede ordenar, con ciertos límites (…) que los bienes vayan transitando de generación en generación".

[935] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 71.
[936] PUIG FERRIOL, Luis, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVIII, Vol 1º, obra cit., pp. 255.
[937] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 757; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 282; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567; SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 29-11-2016. De acuerdo con la STSJ de Cataluña de 23-04-1998, la esencia de la herencia de confianza se encuentra en la existencia de unas instrucciones secretas y si no existiesen unas instrucciones secretas al tiempo de la apertura de la sucesión del causante, esto pone de relieve que nos encontramos ante otra institución de carácter incluso fiduciario, pero no ante una herencia de confianza.
[938] PUIG FERRIOL, Luis, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVIII, Vol 1º, obra cit., pp. 255.
[939] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel*, La Fiducia Sucesoria Aragonesa,* obra cit., pp. 71.
[940] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 155.

**4. La institución de heredero por fiduciario.**

*4.1. Concepto de fiducia.* Según PUIG FERRIOL[941] son herederos distributarios en el Derecho civil catalán el cónyuge superviviente (y el conviviente en unión estable de pareja) y determinados parientes a los cuales el causante de la sucesión concede con carácter subsidiario la facultad de elegir heredero o distribuir la herencia entre sus hijos.

*4.2. Naturaleza jurídica de la fiducia.* El art. 424-1.1 CCCataluña se acoge a la *teoría de la voluntad integradora* al establecer que "El testador puede instituir heredero al descendiente que su cónyuge o conviviente en pareja estable superviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes". Para PUIG FERRIOL, seguido de GETE-ALONSO Y CALERA y MERINO HERNÁNDEZ[942] el encargo fiduciario consiste en atribuir al cónyuge sobreviviente la facultad de completar la voluntad testamentaria que no se ha manifestado aún de modo definitivo en cuanto al nombramiento de heredero o distribución de la herencia, de modo que el fiduciario es un arbitrador, se le encarga una decisión sobre un extremo de la disposición testamentario o el heredamiento. Más precisos son DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[943] 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".

*4.3. Caracteres de la fiducia.*

4.3.1. Función o cargo personalísimo, indelegable o intransferible[944].

4.3.2. Voluntario y renunciable (art. 424-3 CCCataluña). Para PUIG FERRIOL[945] es precisa la aceptación del cargo, expresa o tácita, sin que el silencio pueda interpretarse ni como aceptación ni como renuncia. La renuncia debe constar en escritura pública (art. 431-5 CCCataluña)[946].

---

[941] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit. 271.

[942] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 272. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 763. MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 88. En línea con LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711, y *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 376: "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".

[943] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 135.

[944] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 148. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 138. La STSJ de Cataluña (Civil y Penal), de 22-10-1991 declaró que un acreedor no puede subrogarse en el lugar del fiduciario.

[945] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit. 272 y 274.

[946] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 154. ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones

4.3.3. Naturalmente gratuito, sin derecho a percibir o detraer nada de la herencia, sin propiedad ni derecho real alguno sobre la misma[947], pues se considera una curatela sobre la herencia (art. 424.2 CCCataluña). En esto se diferencia la figura netamente de otros ordenamientos civiles autonómicos españoles, pues como señala PUIG BLANES[948] en el CCat se ha eliminado la tradicional figura del "usufructo de regencia catalán", en el que se atribuía al cónyuge usufructuario la facultad de disfrute con obligación de pagar legítimas, imputar a su pago las dotes y prestar alimentos. Aunque en la fiducia colectiva como administrador, tiene derecho a un estipendio por el trabajo realizado, no a una remuneración fija (como el albacea), y derecho al reembolso de los gastos[949] (art. 424-6 CCCataluña).

4.3.4. Temporal en el caso de la fiducia colectiva (art. 424-9 CCCataluña) y naturalmente vitalicio en el caso de la fiducia individual[950].

4.3.5. Revocable. Para GETE-ALONSO Y CALERA[951] es esencialmente revocable. Al contrario PUIG FERRIOL[952] entiende que si se otorga en heredamientos –pactos sucesorios- (art. 431-12 CCCataluña) o en capitulaciones matrimoniales (art. 18 CCCataluña) estarán sujetos al régimen de revocación o modificación propios de estos instrumentos.

4.3.6. Subsidiariedad. Sólo es eficaz en el caso de que el testador fallezca sin haber instituido heredero o sin haber distribuido los bienes entre todos los que ha instituido[953]. La función de los fiduciarios es ejecutiva, es decir, integrar la voluntad del testador. Además el delegado a de seguir las instrucciones testador o la costumbre, y, en su defecto las previsiones legales (art. 424-1.1 y 2 CCCataluña).

4.3.7. La situación de expectativa o pendencia de los sucesores hasta la ejecución de la fiducia, con suspensión de las pretensiones legitimarias de los hijos o descendientes del causante a tenor del art. 451-27.2 CCCataluña [954]. Entre tanto, al igual

---

fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 137.

[947] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 147.

[948] Ibídem. Cita la STSJ de Cataluña de 27-05-2002 y la STS de 17-04-1990.

[949] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit. 271 y 275; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 764 y 766; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 134.

[950] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 136.

[951] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 763.

[952] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 272.

[953] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 271; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 134 y STSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 27-05-2002.

[954] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y

que ocurre en el CDCFAragón, según el art. 424.1.2.c) CCCataluña la herencia no se deferirá hasta que se realice la elección[955]. En consecuencia, como no existe delación, no se puede aún aceptar o repudiar por los hijos o descendientes (STSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 22-10-1991 y GETE-ALONSO Y CALERA[956]) ni transmitir sus derechos a terceros (PUIG FERRIOL[957] y RDGRN de 11-03-1929).

*4.4. Clases de fiducia sucesoria en la regulación de Cataluña.* Cabe distinguir entre la fiducia individual, a favor del cónyuge o el conviviente (art. 424-1 CCCataluña), por un lado; y la fiducia colectiva a cargo de dos parientes (art. 424-5 CCCat), por el otro.

4.4.1. Fiducia individual. Se caracteriza por que a) el fiduciario es el cónyuge o conviviente en pareja estable superviviente; b) sólo puede recaer su elección entre los hijos comunes a ambos y sus descendientes; c) tiene facultades de elección de heredero/s y de distribución entre los mismos, así como hacer atribuciones que no conllevan tal carácter, como señalar y pagar legítimas y hacer legados); d) puede imponer siempre las condiciones, las limitaciones de disponer y las sustituciones que estime oportunas, si los favorecidos con éstas son hijos o descendientes del testador y las restricciones no contradicen las impuestas por éste; e) tiene por defecto la administración patrimonio hereditario con las facultades que le haya atribuido el testador y en su defecto las propias de un albacea universal de entrega de remanente[958] y f) no tiene sujeción a plazo, es vitalicio.

4.4.2. Fiducia colectiva. a) sólo se puede configurar si hay un máximo de dos líneas de parientes del causante y en el caso que no haya parientes, se extingue la fiducia y la herencia se defiere a los hijos por partes iguales y a los descendientes de los premuertos o indignos por estirpes[959]; b) el fiduciario es determinado por el testador o determinable entre los dos parientes consanguíneos, uno de cada línea de progenitores;

---

otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 275. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 148 entiende exigibles ya las legítimas y legados como elementos ya determinados, no pendientes de distribución.

[955] El primero en plantear esta tesis fue ROCA SASTRE, Ramón María, "La designación, la vocación y la delación sucesorias", en *Estudios sobre sucesiones* Tomo I, Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2, pp. 161 y 162. Igualmente, GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 68. Así, la STS, Sala 1ª, de 17-04-1990 declaró sobre la fiducia sucesoria catalana "la muerte del heredante o causante todos los hijos reciben vocación hereditaria, que sólo se convierte en delación cuando el cónyuge sobreviviente elige heredero o herederos entre dichos hijos o distribuye entre ellos la herencia, estando mientras los bienes en una situación jurídica sin sujeto determinado" y mientras no se produce efectivamente la elección o distribución, hay situación de interinidad en lo que se defiere la titularidad del patrimonio.

[956] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764.

[957] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 277.

[958] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 150.

[959] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 768, POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 131.

c) los parientes no pueden imponer gravámenes ni limitaciones de ningún tipo, salvo que el testador lo haya autorizado; e) hay sujeción a plazo (art. 424-9 CCCat); razón por la que g) no pueden ejecutar su encargo en testamento; f) estos fiduciarios colectivos no tienen por defecto la administración del patrimonio hereditario, sino que se atribuye por el orden: usufructuario universal, albaceas, cónyuge o conviviente en pareja estable que sea usufructuario universal y, en su defecto, los fiduciarios colectivos.

*4.5. Requisitos de la fiducia.*

4.5.1. Requisitos subjetivos.

a) Causante. (i) Capacidad[960]. Conforme al art. 421-4 CCCataluña son incapaces para testar los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento, salvo para el testamento ológrafo que precisa mayoría de edad o emancipación (art. 421-17.1 CCCataluña)[961]. Para el pacto sucesorio o heredamiento sus otorgantes deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar (art. 431-4 CCCataluña)[962]. (ii) Legitimación[963]. El causante ha de tener vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento, pues la sucesión se abre en el momento de la muerte del causante en lugar de su último domicilio y será juez competente el de lugar en que éste se encuentre, o caso de no ser conocido, donde se hallen la mayoría de sus bienes (art.411-21 CCCataluña). En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, que pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado[964].

[960] Como ya hemos avanzado arriba, el CCCataluña su art. 211 regula la capacidad de la persona física. Por tanto, su derecho sustantivo no ha quedado afectado por las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que sí afecta entre otras normas materiales al Código civil. En especial toda la materia que el CCCataluña denomina "Las instituciones de protección de la persona", art. 221 y ss.

[961] SOLÉ RESINA, Judith. "Capítulo 10. Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña", en María-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. 466; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 511.

[962] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 273; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro. "Capítulo 34. Pactos sucesorios en Cataluña", en María-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. 1371; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp., pp. 629.

[963] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 449.

[964] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

b) Fiduciario. (i) Capacidad. Mientras en la fiducia individual ABRIL/AMAT/CECCHINI[965] entienden en base al art. 234-2.1 CCCataluña que basta la emancipación derivada del matrimonio o la emancipación previa y precisa para la convivencia estable en pareja; en la fiducia colectiva es preciso que los fiduciarios tengan capacidad plena para disponer, no bastando la mera emancipación. Se excluye a las personas incapacitadas judicialmente y también la persona que se encuentre en situación de concurso de acreedores o indignidad de suceder[966]. La capacidad será necesaria en el momento de ejercer el cargo[967]. (ii) Legitimación. La fiducia colectiva no es subsidiaria de la individual, de modo que el causante puede optar por una u otra libremente[968]. Legitimación en la fiducia individual: Causante y delegado han de estar casados en el momento de la apertura de la sucesión o bien ser pareja estable. Existe pareja estable si la convivencia ha durado más de dos años interrumpidamente, si durante la convivencia tienen un hijo común o si formalizan la relación en escritura pública (art. 234-1 CCCataluña). No se requiere, expresamente, acreditar la constitución de la pareja estable (ya heterosexual, ya homosexual). Sin embargo, del dato de que se exija la estabilidad de la pareja ("unión estable de pareja", art. 4241. 1 CCCataluña) se sigue, cuando menos, que se ha de tratar de una pareja constituida (GETE-ALONSO Y CALERA[969]). Legitimación en la fiducia colectiva: Es el causante quien designa a los parientes sin ningún límite ni en cuanto al grado ni tampoco al tipo de parentesco. Las reglas legales (art. 424-6.1 CCCataluña) sólo entran en juego cuando no ha habido una designación directa de los parientes o el causante no ha establecido las reglas (a modo de instrucciones) a las que se deban sujetar las funciones de elección y distribución (art. 424-5 CCCataluña). En defecto de dicha designación, éstos se concretan en los dos parientes consanguineos[970] de los hijos o descendientes del causante más próximos en parentesco, uno de la línea paterna (de los hijos o descendientes) y otro a la línea materna y dentro de cada línea se ha de aplicar la proximidad de grado en relación con el hijo o descendientes, con preferencia, a su vez, del pariente de más edad (art. 4246.1.a) CCCataluña)[971]. Frente a quienes entienden que es posible admitir que se

[965] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565.

[966] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 769; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 274. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 153.

[967] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566.

[968] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 767 y 768.

[969] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 765. PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp.275 y POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 136.

[970] Respecto de la clase de parentesco, conforme a la costumbre, el precepto hace referencia expresa a los parientes consanguíneos, biológicos o adoptivos de cada una de las líneas y se ha de entender que abarca tanto el matrimonial como el no matrimonial (art. 4246.a) CCCataluña) y se excluye el parentesco por afinidad según PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 274 y POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, pp. 137.

[971] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 767 y 768.

nombre varios parientes con fundamento en la costumbre[972], otros opinan que caben sólo dos[973]. Aunque no se dice expresamente, se sigue del artículo 424-6.1.a) CCCataluña que no pueden ser nombrados en calidad de parientes los progenitores[974] (el padre o la madre) de los hijos (habrán de serlo los abuelos). Asimismo, no es posible que resulte nombrado como fiduciario uno de los hijos o descendientes, excepto en el caso de que renuncie a su calidad de elegible[975]. En el caso de familias monoparentales (con sólo una filiación determinada) los dos fiduciarios deben ser los parientes más próximos al hijo o descendiente[976]. Si alguno de los llamados no quiere o no puede ejercer su cargo, de ahí el requisito de la aceptación, corre turno de llamamiento[977].

c) Sucesores. (i) En la fiducia colectiva ha de elegirse entre los descendientes del causante (art. 424-5 CCCataluña). (ii) En la fiducia individual el fiduciario ha de elegir o distribuir entre los hijos y descendientes, biológicos o adoptivos, comunes al mismo y al causante. La expresión del art. 424.1-1 CCCataluña "El testador puede instituir heredero al descendiente que su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja superviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes, aunque viva su ascendiente", supone para GETE-ALONSO Y CALERA[978] que el cónyuge tiene facultad para limitar a uno o más hijos o descendientes la institución de heredero y reducir a los demás a la condición de legatarios o legitimarios y cabe, por lo tanto, que se elija un solo heredero y que los demás hijos queden en la mera condición de legitimarios (art. 424-1.2 a) CCCataluña). También afirma dicha autora que la norma legal considera de manera conjunta a los hijos y a los descendientes de éstos, de donde deduce que, al no establecer gradaciones, no es posible elegir a los descendientes de los hijos salvo que éstos sean premuertos o indignos, en lo que discrepa con otro sector para quien, al contrario que en la fiducia colectiva, el fiduciario cónyuge viudo, podrá "saltarse" (sic) a los hijos del causante y nombrar heredero, por ejemplo, a un nieto[979].

Se ha planteado la duda acerca de si, en los supuestos de familias reconstituidas (segundas o terceras nupcias y convivencia de hijos de distintos matrimonios junto a los comunes de la unión o pareja actual) es posible este encargo fiduciario. La regulación actual permite que el nombramiento de fiduciario se haga a favor del cónyuge o pareja con quien el causante esté vinculado en el momento de la muerte, naturalmente sólo

---

[972] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 273.

[973] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 137. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 769.

[974] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 769.

[975] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 129 y 137. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 769.

[976] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 137 coincide con el "Obiter dicta", de la STSJ de Cataluña (Civil y Penal), sec. 1ª, de 07-07-2014 que invocan.

[977] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 274.

[978] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 766.

[979] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 135 y 138. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel*, La Fiducia Sucesoria Aragonesa,* obra cit., pp. 70.

ceñido a los hijos comunes; sin perjuicio, por supuesto de que el causante deba respetar la legítima de los otros hijos de anterior unión.

FERNÁNDEZ HIERRO y PÉREZ VELÁZQUEZ[980] advierten de la posibilidad que otorga el ap. 5 del art. 831 CC de que el testador delegue en los respectivos progenitores de los respectivos hijos, creando una especie de pluralidad de comisarios lo cual además de ser una situación inédita en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que admiten la figura del comisario, podía dar origen, como es fácil de prever, a numerosas complicaciones. Esto no tiene lugar en la legislación catalana puesto que la doctrina opina[981], conforme al art. 4246.2 CCCataluña, que la facultad de elección sólo se puede ejercitar si, teniendo en cuenta las circunstancias de la familia, no existen más de dos líneas de parientes, por lo que el supuesto de concurrencia de hijos de distintos matrimonios (las familias reconstituidas) queda fuera.

4.5.2. Requisitos objetivos. En defecto de instrucciones del testador o de la costumbre rigen las siguientes reglas (art. 424-1.2 CCCataluña)[982] que siguen la categoría que solemos usar en esta tesis:

a) Facultades de los fiduciarios: (i) La facultad de libre elección (institución) de los herederos entre los hijos y descendientes del causante[983], corresponde tanto al fiduciario individual como a los colectivos[984], si bien, en el primer caso los instituidos han de ser progenie común al causante y su viudo o pareja estable. Ha de hacerse un inciso sobre la importancia del nombramiento del heredero en la legislación catalana (como en la romana, la balear y navarra), hasta el punto que no puede ser fiduciario el cónyuge cuando el causante ya había instituido heredero entre los hijos comunes y había distribuido entre ellos la herencia[985]. Pues el CCCataluña exige al menos una persona que suceda al causante en todas los derechos y deberes transmisibles *mortis causa*[986], y dado que la función del fiduciario concluye con el nombramiento de este heredero con vocación universal (art. 411-1 CCCataluña), se deduce la exclusión de otros llamados (art. 411-3.2 CCCataluña) y por tanto también, en principio, la imposibilidad del ejercicio parcial de la fiducia, salvo el accesorio otorgamiento de legado y señalamiento y pago de legítimas. La elección que no tiene por qué concretarse en una persona sino que se puede hacer a favor de varias, salvo que el causante no lo permita[987]. (ii) Tanto el

---

[980] FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel. "La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", obra cit., pp. 32. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1140.

[981] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 769.

[982] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 766; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen , "*Tratado de Derecho de Sucesiones*", obra cit., pp. 566.

[983] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 153. PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 278 y 279, citan las STS de 03-07-1923, 10-12-1931 y 18-10-1977.

[984] El Código Civil de Cataluña introdujo la posibilidad de se puede encomendar a los parientes, a los fiduciarios colectivos, tanto la función de elección como la de distribución a diferencia de la normativa anterior y de la costumbre que sólo otorgaban la facultad de distribución.

[985] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565, quienes refieren la STSJ de Cataluña de 27-05-2002.

[986] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 456.

[987] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 768.

fiduciario individual como los colectivos tienen facultades de libre distribución[988] entre hijos y descendientes del causante, comunes en el caso del viudo o pareja estable. (iii) Facultades de limitar a otros hijos y descendientes a la cualidad de legitimarios y legatarios, y por tanto señalar y pagar legítimas a aquéllos descendientes que no sean designados herederos[989]. (iv) Sólo el fiduciario individual puede imponer siempre las condiciones, limitaciones de disposición y sustituciones que considere oportunas, cuando los favorecidos con aquéllas sean hijos o descendientes del testador y no estén en contradicción con las que éste dispuso (art. 424-1.2.b) CCCataluña)[990].

b) No obstante, el fiduciario está sujeto a límites en su función: (i) Respeto a las instrucciones del causante (art. 424-1.2 y 424-6.1 CCCataluña). (ii) El fiduciario no podrá intervenir ni modificar lo ya ordenado por el causante, que sólo podrá haber sido señalamiento y pago de legítimas o legados que no instituyan herederos, porque de haber instituido heredero el *de cuius*, como hemos visto, la fiducia es inexistente por vacía de contenido[991]. (iii) El respeto a las legítimas. En Derecho civil catalán las legítimas son un freno a la libertad dispositiva del causante que operan como un crédito contra la herencia, no un derecho real que grave la misma (art. 451-1 CCCataluña) [992]. Son legitimarios los hijos y descendientes (art. 451-3 CCCataluña) y los padres y ascendientes (art. 451-4 CCCataluña) por una cuarta parte del valor hereditario (art. 451-5 CCCataluña), de distribución individual (art. 456-1 CCCataluña)[993]. (iv) En cuanto a los derechos del cónyuge viudo o pareja estable, son un usufructo universal sobre la herencia intestada del causante (art. 442-3.1 CCCataluña), así como la cuarta vidual (1/4 del activo líquido hereditario, art. 452-1.1 CCCataluña) derecho de crédito al que accede si, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes

[988] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 271.

[989] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 766 y 767; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 279.

[990] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 153.

[991] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 271; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565 y STSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 27-05-2002

[992] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit. 669. VAQUER ALOY, Antoni, "Capítulo 47. La legítima en Cataluña", en María-Carmen Gete-Alonso y (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2030. ROCA TRÍAS, encarnación "Capítol XXIV Llegítimes", en Puig Ferriol, Luis y Roca Trías, encarnación (aut.), en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 539. POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 395.

[993] VAQUER ALOY, Antoni, "Capítulo 47. La legítima en Cataluña" en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, obra cit. pp. 2035-2037. ROCA TRÍAS, encarnación, "Capítol XXIV Llegítimes" en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 540-542. POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 396-398. ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 671-672.

para satisfacer sus necesidades[994]. El usufructo vidual, por tanto, sólo se da en la sucesión intestada, que no tendrá lugar por antonomasia existiendo un fiduciario. Y la cuarta vidual no se da siempre. Es decir, el viudo o pareja estable, no es propiamente legitimario[995] y su derecho, que grava al heredero, puede serle satisfecho (art. 452-4.2 CCCataluña) por este último o por las personas facultadas para efectuar el pago, luego no puede ser pagado por el fiduciario (art. 424-1 CCCataluña), aunque sí por el albacea, particularmente el de entrega de remanente de bienes (art. 429-9.1-g y 10.f) CCCataluña) y el contador partidor (art. 464-5 CCCataluña).

4.5.3. Requisitos formales. Se puede nombar al fiduciario en testamento[996], heredamiento (pacto sucesorio) o capitulaciones matrimoniales conforme al art. 411-3 CCCataluña[997].

*4.6. Efectos pendientes la ejecución de la fiducia.*

4.6.1. Derechos de los beneficiarios en expectativa. Hasta la elección y distribución los herederos nada adquieren art. 451-27.2 CCCataluña y STS, Sala 1ª, de 17-04-1990, pues está suspendida la delación[998], pero el fiduciario viudo puede entre tanto fijar y pagar legítimas y legados (art. 424-1.2 CCCataluña).

4.6.2. Inventario y usufructo. Según ABRIL CAMPOY/AMAT LLLARÍ/CECCHINI ROSELL/PUIG FERRIOL[999] la principal finalidad de la fiducia sucesoria en Cataluña es atrasar el nombramiento del heredero en aras a que se pueda hacer en las mejores condiciones, eligiendo al hijo más apto para hacerse cargo del patrimonio familiar, así como una manera de proteger al cónyuge quizá desatendido económicamente en virtud del régimen de separación de bienes matrimonial al que habitualmente se le otorga un usufructo voluntario. Y en dicho caso, entiende quien suscribe, que el usufructuario está obligado a inventariar conforme al art. 561-7 CCCataluña. A mayor abundamiento si, además, se entiende que el fiduciario individual es un "curador" de la herencia[1000] con las facultades y obligaciones del art. 424-4.2

[994] ROCA TRÍAS, encarnación, "Capítol XXIV. «Llegítimes»" en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 583-589. POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 429-439. ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 693-694.

[995] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 431, quienes invocan la STSJ de Cataluña de 04-12-1989. ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 694.

[996] La SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 29-11-2016 sobre interpretación sustantiva, no nominativa de qué clase de delegación sucesoria se establezca, pues la cláusula de confianza suele hacer referencia a la fiducia sucesoria, no al heredero de confianza. En similares términos, la SAP de Barcelona, sec. 17ª, de 21-05-2009

[997] PUIG FERRIOL, Luis, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVIII, Vol 1º, obra cit., pp. 259, defendió la validez del nombramiento en codicilo por analogía con el albacea universal, pero el actual art. 421-20.2 CCCataluña lo excluye.

[998] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 150. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764.

[999] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565. También la SAP de Barcelona, sec. 17ª, de 21-05-2009 recuerda que habitualmente se anuda a favor del cónyuge supérstite la fiducia sucesoria y el usufructo universal.

[1000] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764. PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI.

CCCataluña, no podrá pagar de pagar deudas, cargas y legítimas ni realizar bienes sin un previo inventario y avalúo. El administrador en la fiducia colectiva también deberá hacer tal inventario, pues es un albacea de entrega de remanente de bienes (art. 429-9.1-g y 10.f) CCCataluña) y por tanto contador partidor.

4.6.3. Administración y disposición. Mientras la herencia no se defiere queda bajo una administración especial, preferentemente, a cargo de la persona que haya designado el testador con las facultades que le haya atribuido y en su defecto las propias de un albacea universal de entrega de remanente[1001], incluyendo la administración dinámica[1002].

En la fiducia individual, si el testador no ha designado a ninguna persona para que lo haga, la herencia se administra por el cónyuge o pareja estable (art. 424-4.2 CCCataluña) cuyas facultades son bastante amplias según GETE-ALONSO Y CALERA[1003]: libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes para realizar inversiones en los otros bienes que queden subrogados y para satisfacer las necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, la de los hijos, los descendientes y pagar las deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y las rentas no consumidos en las necesidades indicadas se incorporan a la herencia (art. 424-4.2 CCCataluña)[1004].

4.6.4. Liquidación de la sociedad conyugal. Como el régimen económico matrimonial supletorio en Cataluña es el de separación de bienes (art. 232-1 y ss. CCCataluña) los autores no tratan mucho la cuestión. Ciertamente existen en el CCCataluña varios tipos de diferentes regímenes de comunidades más o menos amplias[1005] cuya previa liquidación será precisa para determinar la parte privativa del

---

Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 272.

[1001] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 150.

[1002] Lo explican POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 136, en base al art. 429-10 CCCataluña: a) Pagar deudas y cargas hereditarias y los impuestos causados por la sucesión. b) Cumplir los legados y demás disposiciones testamentarias. c) Pedir el cumplimiento de los modos. d) Pagar las legítimas. e) Efectuar los actos de realización dineraria establecidos por el art. 429-9 CCCataluña en la medida necesaria para hacer los pagos de deudas, cargas y legítimas. f) En defecto de contador partidor, practicar la partición de la herencia. También, ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 766; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 276; AAP de Barcelona, sec. 11ª, de 04-10-2012.

[1003] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 766.

[1004] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 150-151.

[1005] FARRERO RÚA, Ana-Isabel en "Capítulo II . Regímenes económicos matrimoniales", en Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-4703813-8, pp. 300 y ss. Recuerda que existe, además del régimen de separación de bienes (art. 232-1 y ss. CCCataluña), el de participación (art. 232-22.2 CCCataluña y ss.); asociación a compras y mejoras propio del Campo de Tarragona y otras comarcas (art. 232-25 CCCataluña); el *agermanament* o pacto de mitad por mitad en el área de Tortosa (art. 232-28 CCCataluña); la *convinença*, o *mitja guadadanyeria* (art. 232-29 CCCataluña) y el régimen de comunidad de bienes (art. 232-30 y ss. Cataluña).

difunto en las mismas y, en consecuencia, determinar completamente su caudal hereditario.

En mi opinión, como, en principio, el fiduciario no es el administrador de la herencia yacente pendiente el ejercicio de la fiducia, será este último, no el fiduciario, en defecto de contador partidor, quien conforme al art. 429-10.f) CCCataluña tiene la facultad de practicar la partición de la herencia, y por tanto liquidar el régimen económico matrimonial con el viudo. Si la administración recayere en dicho viudo las facultades residuales que en tal caso le corresponden no comprenden las de partición (art. 424-4.2 CCCataluña). Por tanto, no será el fiduciario quien deba liquidar la sociedad conyugal con el viudo, sino el contador partidor, el albacea universal o el administrador. En el caso de que estos últimos cargos recayesen en el viudo, el CCCataluña no prevé una negativa a que el contador partidor o el albacea (art. 464) sea uno de los sucesores como sí lo hace el art. 1057 CC pero entraríamos, al menos por analogía, en la prohibición de autocontratación y conflicto de intereses vetada en el art. art. 622-25 CCCataluña, que no obstante sí permitiría al viudo administrador hacer por sí mismo la liquidación de su régimen económico matrimonial si está expresamente autorizado por el comitente/causante. Por fin, el viudo siempre podría acudir a la liquidación conyugal en vía judicial (art. 803 y ss. LEC).

*4.7. Ordenación de la sucesión por el fiduciario.*

4.7.1. Requisitos. a) Requisitos personales. Se trata de un acto jurídico personalísimo. Si la fiducia es colectiva no es precisa unidad de acto en la decisión, es un acto unilateral de cada uno de los parientes, mediante la elección definitiva recae, en el hijo o descendiente del causante sobre el que se produzca el consenso. En el supuesto de divergencia entre los dos parientes la herencia se defiere a los hijos por partes iguales y a las estirpes de los que premurieron (art. 424-8 CCCataluña)[1006]. b) Requisitos reales. Recordemos que la posibilidad de ejecutar el encargo en varios actos está seriamente condicionada por la necesidad de nombramiento de heredero, de lo que se deduce la imposibilidad del ejercicio parcial de la fiducia, salvo el accesorio otorgamiento de legado y señalamiento y pago de legítimas. c) Requisitos formales. En la fiducia individual el cometido se puede ejecutar en testamento, codicilo, escritura pública o heredamiento -pacto sucesorio- (art. 431-1 CCCataluña) y en los dos últimos casos es irrevocable[1007]. En la fiducia colectiva la elección se ha de hacer, necesariamente en escritura pública y no es posible acudir a la forma testamentaria, que se prohíbe tajantemente, a diferencia de la regulación anterior (art. 4247.1 CCCataluña)[1008]. En

[1006] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 770. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 152.

[1007] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 564; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 763; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 136 y 138: entienden que el motivo de que la fiducia colectiva no se pueda ejecutar en testamento es por su irrevocabilidad, una vez efectuada la elección o distribución.

[1008] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 770; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 138. PUIG BLANES, Francisco de

todo caso en el acto de ejecución de la fiducia ha de decirse expresamente que se hace uso de la facultad propia del fiduciario, esto es, se exige la *contemplatio domine* (art. 424-2.1 CCCataluña[1009]).

4.7.2. Efectos. La elección o distribución se efectúa mediante una declaración de voluntad unilateral, no recepticia que, para que tenga lugar el efecto adquisitivo retroactivo a la muerte del causante (art. 411-4 CCCataluña). Corresponde al designado o elegido aceptar o repudiar conforme a las reglas generales de aceptación y repudiación de la herencia[1010], cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la muerte del causante (art. 411-5 CCCataluña) con posesión civilísima desde dicha fecha (art. 411-6 CCCataluña). Una vez hecha, la elección efectuada en heredamiento o escritura pública es irrevocable, pero no la dada en testamento por el viudo o pareja estable[1011].

4.7.3. Repesca[1012]. Efectuada la elección ésta es irrevocable y la herencia de defiere a favor de los elegidos, pero si éstos no quisieran o no pudieren ser heredero, la elección se puede volver a efectuar (art. 424-7-.2 CCCataluña).

*4.9. Extinción de la fiducia.*

4.9.1. Causas de extinción. Las mismas están recogidas de una manera indirecta en el articulado del CCCataluña.

a) Incurrir los fiduciarios en causa de incapacidad para suceder, en causa de indignidad[1013] y haber premuerto al causante[1014].

---

Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 154.

[1009] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "*Comentarios al Código civil de Cataluña*", obra cit., pp. 148. PUIG FERRIOL, Luis, "*Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*", obra cit., pp. 279: No hay que ser rigoristas y basta que se desprenda de su actuación que actúa como fiduciario. Invocan la STSJ de Cataluña de 22-10-1991.

[1010] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 277. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 148.

[1011] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 279; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 564; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 148.

[1012] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 770. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 154.

[1013] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566.

[1014] ABRIL/AMAT/CECCHINI/PUIG FERRIOL, "Memento Experto Derecho Civil Cataluña", obra cit., pp. 566; DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 135 y 139.

b) Por renuncia del fiduciario. El encargo debe de aceptarse en escritura pública, y, en su caso, se debe renunciar en la misma forma (art. 424-6.1.b) CCCataluña). En caso de silencio[1015] se ha de aplicar la "interpellatio in iure" prevista para el albacea (art. 429-4 CCCataluña)[1016].

c) En la fiducia individual, la separación ya sea de hecho[1017] ya judicial. También se extingue la misma por el dictado de sentencia firme de divorcio, o de nulidad del matrimonio, o si en el momento de la muerte existe demanda pendiente de divorcio o nulidad matrimonial (art. 422-13 CCCataluña)[1018]. En lo que afecta al fiduciario pareja estable del causante cuando se produjo el fallecimiento, asimismo es necesario que la unión no se haya extinguido con anterioridad, salvo por contraer matrimonio sus integrantes o por establecer otra pareja de hecho entre ellos[1019].

d) En la fiducia individual el fiduciario no pierde su condición por contraer nuevo matrimonio ni por constituir una unión estable de pareja tras el fallecimiento del causante[1020].

e) Por vencimiento de plazo. El cargo del fiduciario individual se sobreentiende que es indefinido por toda la vida del fiduciario, fundándose en que puede ejecutar su cometido en testamento[1021]. La fiducia colectiva se termina por llegar el plazo que libremente fije el causante y, en su defecto, si no se efectúa dentro de los cuatro años siguientes a la muerte de aquél, cualquier persona interesada en la sucesión puede requerir a los parientes para que la efectúen en los seis meses siguientes al requerimiento. Al contrario, los parientes, previa alegación de causa justificada pueden solicitar de la autoridad judicial una prórroga del plazo (arr. 4249 CCCataluña). Lo que

---

[1015] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 272 y 274, es precisa la aceptación del cargo, expresa o tácita, sin que el silencio pueda interpretarse ni como aceptación ni como renuncia.

[1016] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 767. Según esta autora los herederos y las personas interesadas en la herencia pueden requerir notarialmente para que acepten o renuncien ante notario en el mes siguiente a la notificación, si no lo hacen se entiende que renuncia. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 154.

[1017] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 147.

[1018] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 272 y 273; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 765, POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 135; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565.

[1019] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 27.

[1020] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 273; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565, quienes invocan la STS de 17-04-1990; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 765; cfr. STS, de 17-04-1990.

[1021] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 148. PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 280, entiende que no cabe recurrir a señalar plazo al fiduciario individual, como sí cabe a los fiduciarios colectivos, pero si se demora excesivamente entiende cabe recurrir a la doctrina del fraude de ley.

no cabe (STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 22-10-1991) es que los legitimarios o acreedores pidan el señalamiento de un plazo al fiduciario para que éste proceda a ejercer su encargo.

f) Que no se haya ejercitado la elección o que exista divergencia entre los parientes electores o distribuidores[1022].

g) La revocación, que puede ser expresa o tácita. Dentro de este último supuesto, como ya hemos visto se encuentra el caso de que el causante ya hubiera instituido heredero entre los hijos comunes y distribuido entre ellos la herencia[1023]

4.9.2. Efectos de la extinción. En primer lugar se estará a lo dispuesto por el causante, siendo posible el testamento preventivo, ejemplo del cual tenemos en la SAP de Tarragona, sec. 1ª, de 18-10-1999.

En defecto de disposiciones del causante, en la fiducia individual, si el cónyuge superviviente muere sin haber hecho la elección o la distribución, o renuncia en escritura pública, se procedería a la elección colectiva por los parientes. En el supuesto en que no pueda ser aplicable, la herencia se defiere a partes iguales entre los hijos, y a los descendientes por estirpes, si algún hijo hubiere premuerto o fuere declarado indigno. Los herederos del premuerto que no sean descendientes solamente pueden reclamar la legítima que le hubiera correspondido a aquél, sin derecho a la parte de la herencia que le había correspondido en la distribución (art. 4243 CCCataluña). A falta de hijos y descendientes, la herencia de defiere conforme a las reglas de la sucesión intestada[1024].

Extinta la fiducia colectiva, la herencia se defiere a los hijos por partes iguales y en el lugar de que quien premurió entran los sus descendientes por estirpes. Si no existen descendientes, los herederos de quien premurió sólo pueden reclamar la legítima que le hubiera correspondido (art. 424-8 CCCataluña)[1025].

### 5. El heredero de confianza sujeto a la regulación de Cataluña.

*5.1. Concepto de heredero de confianza.* Reza el art. 424-11.1 CCCataluña que "El testador puede instituir herederos o legatarios de confianza a personas físicas determinadas para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito".

---

[1022] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 771; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566.

[1023] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565, quienes refieren la STSJ de Cataluña de 27-05-2002.

[1024] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 149.

[1025] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 771; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566, quienes invocan la STS, de 20-11-1987. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "*Comentarios al Código civil de Cataluña*", obra cit., pp. 149.

Según definición clásica de PUIG FERRIOL[1026] es "el encargo confidencial hecho por el testador a su heredero acerca del destino que éste haya de dar a sus bienes".

Para DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[1027], los herederos y legatarios de confianza son aquellas personas físicas que el testador designa con el fin de que otorguen a los bienes relictos aquella destinación que de modo confidencial les ha encargado.

Y para la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 28-03-2006 "Se llaman herederos de confianza los instituidos con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicó, casi siempre reservadamente, el testador".

*5.2. Naturaleza jurídica de la herencia de confianza.* PUIG FERRIOL y CÁMARA LAPUENTE[1028] desgranan la multitud de teorías sobre la figura. Los autores catalanes tipifican al heredero de confianza dentro de la amplia gama de la fiducia testamentaria, en línea con la STS de 30-10-1944[1029].

*5.3. Clases.* a) PUIG FERRIOL y DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[1030] distinguen según el contenido de las instrucciones, entre la herencia de confianza o, si tienen por objeto uno más bienes singulares, legatarios de confianza. b) GETE-ALONSO Y CALERA[1031] diferencia entre herederos de confianza con o sin cláusula de subrogación a favor de sustitutos, lo cuál sólo podrá tener lugar si se cumplen dos condiciones: fallecer alguna de las personas instituidas y antes de la revelación total o del cumplimiento de la confianza.

*5.4. Caracteres del heredero de confianza.*

---

[1026] PUIG FERRIOL, Luis, "Las herencias de confianza en la Compilación", en *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXII, nº 2, Barcelona 1963, pp. 331.

[1027] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 139. En similar sentido GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 772.

[1028] PUIG FERRIOL, Luis, "Las herencias de confianza en la Compilación", obra cit., pp. 342 y ss. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVII, Vol. 2º, obra cit., pp. 850 y ss. : a) Asimilación a un testigo cualificado. Un testigo único y especialísimo que revela la voluntad del testador. b) Asimilación a un "purus minister", intermediario y ejecutor. El confidenciario es tan sólo un eslabón en la cadena transmisiva, un depositario o custodio de tales bienes, los cuales de esta forma indirecta, a través suyo, llegan al beneficiario deseado por el testador. c) Asimilación a un heredero puro. Pero el heredero de confianza se diferencia en que es un heredero formal o aparente, de cara a los terceros pero esa titularidad que no revierte en su propio beneficio, puesto que no se apropia finalmente de los bienes, que tiene otro destinatario; transitoriedad de esa posición jurídica. d) Asimilación a un administrador. e) Asimilación a un representante, pero el confidenciario no representa a los herederos, legatarios ni acreedores, tampoco al alma.

[1029] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 773; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 281 y 282.

[1030] PUIG PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 282. POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 138.

[1031] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 775 y 781. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "*Comentarios al Código civil de Cataluña*", obra cit., pp. 157.

5.4.1. A decir de la doctrina, desde la muerte del causante la herencia se halla en 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 (art. 424-14.1 CCCataluña), momento en que se convierte en albacea universal o particular, según se trate, respectivamente de una herencia o un legado de confianza (art. 424-14.2 CCCataluña)[1032]. No obstante, GETE-ALONSO Y CALERA[1033] recuerda que los herederos abintestato no están inermes y tienen ciertas facultades entre la apertura de la sucesión y la revelación de la confianza: a) están legitimados para ejercitar la "iterrogatio in iure" ante Juez para que se fije plazo de ejecución de la confianza revelada; b) pueden impugnar la confianza revelada cuando ésta no se ajuste a las instrucciones del causante; c) son los únicos legitimados para instar la caducidad de la confianza en cada uno de los casos previstos y d) fiscalizan al confidenciario y le pueden exigir la formación de inventario.

5.4.2. Sujeción a la confianza depositada, ausencia de discrecionalidad o sujeción fiel a las instrucciones del fiduciario[1034]. Para DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[1035] la voluntad del testador no se limita a ordenar la institución o el legado de confianza y al contenido de esta confianza, sino que modela, verbalmente o por escrito, las concretas facultades de que aquellos gozan: la facultad de nombrar sustitutos, la disposición de los bienes relictos, la manera como deben actuar, entre otros aspectos, pueden ser perfilados por el testador. Estas instrucciones del testador o confianza se mantienen separadas de la declaración de voluntad que contiene en el testamento[1036], pero que una vez que se revela sí forman

---

[1032] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 773; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 282.

[1033] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 791 y 792.

[1034] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 779; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567. Por eso señala PUIG FERRIOL, Luis, "Las herencias de confianza en la Compilación", obra cit., pp. 333, los supuestos jurisprudenciales de ineficacia de la institución por deslealtad del confidenciario a las instrucciones del causante: "1. Cuando el heredero de confianza manifiesta que la voluntad de la testadora era la de que él pudiera disponer de todos los bienes relictos a su muerte, sin intervención ni consentimiento de ninguna otra persona (sent. 17 marzo de 1896). 2. Si el heredero manifiesta tardíamente que el testador le dio otras instrucciones además de las escritas, si no hubiese declarado cuáles fuesen éstas (sent. 8 julio de 1896). 3. Negando al heredero fiduciario la facultad de modificar, ampliar o revocar la declaración que ya antes había expresado en documento público, aseverando que esta declaración se ajustaba a las instrucciones confidenciales recibidas del testador (sent. 28 enero de 1909). 4. Sancionando la ineficacia de la declaración de la confianza siempre que medien circunstancias adversas a la verosimilitud de lo adverado con el confidenciario (sent, 30 octubre de 1944). 5. Si consta que el testador no ha dado las instrucciones fiduciarias, por ser entonces desconocida la voluntad del causante (sent. 2 noviembre de 1944)". Afirman POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142, que si el confidenciario ejecuta la confianza en beneficio propio -por ejemplo, atribuyen los bienes a familiares suyos sin ser esa la voluntad del causante-, la herencia de confianza caduca y deviene ineficaz (art. 424-15.11 CCCataluña), abriéndose la sucesión intestada.

[1035] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 139.

[1036] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 774. La STSJ de Cataluña de 23-04-1998 afirma que las "memorias de confianza" son una modalidad o forma que ofrece la ley al testador para que

parte del mismo (art. 424-13.2 CCCataluña), aunque debe destacarse la facultad que tienen los herederos de confianza de mantener secreta la confianza conferida por el testador, de modo que solo se conozca con su cumplimiento[1037].

5.4.3. Revocabilidad. Esta característica dependerá, como veremos después, de la posición que se sostenga acerca de si es válida la institución de herencia de confianza mediante pacto sucesorio.

5.4.4. Voluntario, pues el confidenciario debe aceptar como tal heredero para que la institución entre en vigor, pero se entiende renunciable una vez aceptado el cargo[1038].

5.4.5. Carácter no personalísimo del cargo, pues el testador puede facultar a los herederos o legatarios de confianza para que, si algunos de ellos mueren antes de la revelación total o del cumplimiento de la confianza, elijan a otros que los sustituyan, sin que eso implique una nueva institución, sino una mera subrogación en el cargo (art. 424-11.2 CCCataluña)[1039].

5.4.6. Subsistencia de patrimonios separados (art. 424-14.1 CCCataluña)[1040], pues los herederos de confianza actúan como herederos, ante terceros o formalmente, mientras no revelen la confianza comunicada. Así, aunque pueden disponer de los bienes de la herencia a ellos confiados no pueden hacerlos definitivamente propios. Si el confidenciario muere antes de revelar su confianza, no opera el "ius transmisionis" a favor de sus propios herederos[1041]. Por fin, el heredero de confianza goza del beneficio de inventario por ministerio de la ley (art. 461-16 CCCat)[1042].

---

pueda comunicar en secreto su última voluntad a la persona que ha de ejecutarla después de su muerte. Hoy en día vendrían reguladas en los art. 421-21.1 y 424-11.1 CCCataluña.

[1037] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140 y 143.

[1038] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 777.

[1039] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones,* Tomo II, obra cit., pp. 600; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 775; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 285; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567; PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 158.

[1040] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 159.

[1041] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 776; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 284.

[1042] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones,* Tomo II, obra cit., pp. 597; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 284.

5.4.7. Naturalmente retribuido[1043] y con derecho al reembolso de gastos (art. 424-12.2 CCCataluña)[1044].

5.4.8. Debe de rendir cuentas por su gestión como administrador que es de un patrimonio ajeno y puede ser responsable de los daños que irrogue por la demora en el cumplimiento de su cargo, una vez revelado (art. 429-13.1 y 2 CCCataluña)[1045].

*5.5. Requisitos del heredero de confianza.*

5.5.1. Requisitos subjetivos. a) Causante. (i) La capacidad exigida es la necesaria para testar[1046], y son incapaces para testar los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 421-4 CCCataluña), salvo para el testamento ológrafo que precisa mayoría de edad o emancipación (art. 421-17.1 CCCataluña)[1047]. Para el pacto sucesorio o heredamiento los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar (art. 431-4 CCCataluña)[1048]. (ii) En cuanto a la legitimación del causante, se requiere que tenga vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento u otra que lo permita, particularmente conforme al Reglamento (UE) 650/2012[1049]. b) Heredero de confianza. (i) Capacidad. Como heredero formal, el heredero de confianza está sujeto al examen de los requisitos de capacidad (art. 412-1 y 2 CCCataluña); de las causas de inhabilidad (art. 412-3 CCCataluña) y de las causas de indignidad (art. 412-5 CCCataluña) para suceder, en relación al tiempo de abrirse la

[1043] Con derecho a exigir la retribución después de revelada la confianza según PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 287.

[1044] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 780; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 288.

[1045] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen , "*Tratado de Derecho de Sucesiones*", obra cit., pp. 778 y 779.

[1046] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 774 y 775. Como ya hemos avanzado arriba, el CCCataluña su art. 211 regulala capacidad de la persona física. Por tanto, su derecho sustantivo no ha quedado afectado por las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que sí afecta entre otras normas materiales al Código civil. En especial toda la materia que el CCCataluña denomina "Las instituciones de protección de la persona", art. 221 y ss.

[1047] SOLÉ RESINA, Judith. "Capítulo 10. Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña", en, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 466; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 511.

[1048] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 273; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 1371; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 629.

[1049] Como ya hemos dicho arriba, en virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

sucesión y ser respecto del causante (art. 424.14 CCCataluña)[1050]. GETE-ALONSO Y CALERA y PUIG FERRIOL[1051] defienden que debe tener la capacidad natural de entender y querer, asimismo al tiempo de recibir la confianza, lo que en mi opinión es totalmente lógico pues deben poder entender en que consiste el encargo que reciben y han de cumplir. (ii) Legitimación. No cabe nombrar herederos o legatarios de confianza a personas jurídicas[1052] (art. 424-11.1 CCCataluña), ni tampoco a personas en virtud de su cargo[1053], a diferencia de los albaceas, para quienes sí se prevé expresamente tal posibilidad (art. 429-3.2)[1054]. Tampoco cabe que sea beneficiario el propio heredero de confianza (art. 424-15.1 CCCataluña)[1055]. Fuera de estos límites no hay restricciones en cuanto a los posibles confidenciarios, particularmente, no se le exige vecindad civil catalana[1056]. c) Beneficiarios. (i) Capacidad. El beneficiario de la confianza deberá cumplir con los requisitos de capacidad sucesoria en el momento en que se produzca la delación a su favor[1057]. DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[1058] apuntan la utilidad de la herencia de confianza para sortear el problema de la sucesión a favor de

[1050] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 776, 788 y 789 admite incluso confianza a favor de "nasciturus" y "concepturus".

[1051] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 784. Le secunda PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 283.

[1052] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 157, fundándose en que la confianza entre causante y confidenciario así lo impone. POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 283; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 775; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa,* obra cit., pp. 71.

[1053] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 775.

[1054] HUALDE MANSO, Teresa, "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*, obra cit., pp. 890, critica desfavorablemente esta norma prohibitiva de confidenciarios personas jurídicas en derecho catalán frente a la permisión en la similar regulación de Navarra. Para esta autora la principal ventaja de la persona jurídica será la profesionalización de la gestión de patrimonios, finalidad que Derecho navarro puede lograrse mediante la fiducia continuada (ley 293 CDCFNavarra). Añade que parece que existe en Derecho navarro inconveniente para que el causante pueda designar a una persona "per relationem" al cargo que ocupa, pues la misma indeterminación existe en ella que en el caso de instituir directamente a la persona jurídica.

[1055] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 789; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142 y 143 quienes lo entienden sin perjuicio de los legados que quiera hacerle el causante.

[1056] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 776.

[1057] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140 y 143; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 283. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 158.

[1058] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141.

personas incapaces de suceder al causante de otro modo. (ii) Legitimación. Tradicionalmente no se ha regulado en Derecho catalán los caracteres de los beneficiarios, cuya determinación es libre para el causante, quien debe señalar dichos sucesores en las instrucciones o confianza, de modo determinado o determinable entre un grupo[1059]. Tan sólo se prohíbe que sea el propio confidenciario el beneficiario de la atribución sucesoria que el mismo ordene[1060]. Al contrario que el confidenciario, sí puede ser beneficiario una persona jurídica[1061].

5.5.2. Requisitos objetivos. Conforme al art. 424-11.1 CCCataluña el confidenciario, aunque es formalmente un sucesor del instituyente, ha de dar a los bienes el destino que éste le haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito. A eso se le llama "confianza", que GETE-ALONSO Y CALERA[1062] definen como "la declaración de voluntad del causante a través de la cual efectúa la destinación de los bienes; con la particularidad, respecto del negocio jurídico testamento, de que sólo es conocida por la persona que aparece designada formalmente como heredero o legatario de confianza", y puede ser anterior o posterior al nombramiento del confidenciario.

5.5.3. Requisitos formales. El nombramiento del confidenciarlo debe efectuarse en testamento, no siendo el codicilo[1063], la memoria testamentaria ni la donación mortis causa formas idóneas porque la institución de heredero es ajena al contenido de esos tipos de actos jurídicos (art. 421-20 CCCataluña); aunque sí para ordenar un legado de confianza[1064]. Según DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH y GETE-ALONSO Y CALERA, dado que los arts. 424-11 y ss. CCCataluña utilizan el término "testador", vale cualquier testamento (notarial, abierto, cerrado u ológrafo)[1065]. Ahora bien, mientras el primer grupo de autores no ve inconveniente en su plasmación en pacto sucesorio (art. 431-5 CCCataluña) dada la equivalencia de contenidos del art. 431-5 CCCataluña con el testamento, por el contrario GETE-ALONSO Y CALERA[1066] niega validez al pacto sucesorio puesto que en la herencia de confianza el heredero lo es sólo formalmente y es ajeno a la esencia del pacto sucesorio: una finalidad familiar.

---

[1059] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 789.

[1060] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142, GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 789; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 283.

[1061] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567.

[1062] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 783. Entiende que, como declaración de voluntad del causante que es, se le aplican las reglas generales de las declaraciones de voluntad: ha de ser auténtica, no viciada, lícita, coherente y con sentido, unilateral pero recepticia por el confidenciario y secreta al menos hasta la apertura de la sucesión.

[1063] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 774; SAP de Barcelona. sec. 16ª, de 10-06-2011.

[1064] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 774.

[1065] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140.

[1066] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 774 y 775.

*5.6. Efectos pendientes la ejecución.* Las facultades del heredero de confianza serán las propias de todo heredero, incluida la disposición de bienes de la herencia[1067], pero bajo el fin teleológico de cumplir la confianza. Ello requiere la aceptación de su llamamiento, so pena de de no hacerlo se abra la sucesión intestada del causante (art. 424-15.2 CCCataluña[1068]). GETE-ALONSO Y CALERA[1069] afirma la posibilidad de la "interpellatio in iure" dirigida al confidenciario para que éste acepte o repudie, entendiéndose repudiada la herencia salvo que la acepte expresa y formalmente (art. 461-12.2 CCCataluña), así como un plazo de prescripción de 30 años para dicha aceptación.

El instituyente puede especificar, ampliar o limitar las facultades del confidenciario (art. 424-14.1 CCCataluña), que por defecto son[1070]: a) la responsabilidad limitada por las deudas de la herencia gozando de beneficio de inventario por ministerio de la ley (art. 461-16 CCCataluña), razón por la que deben formar inventario de la herencia (art. 424-12 CCCataluña)[1071] en el plazo de seis meses a contar del momento en que conocen o pueden razonablemente conocer la delación, bajo sanción de pérdida de la remuneración (art. 424-12.1 CCCataluña). Este deber de formar inventario se justifica en que tiene plenas facultades dispositivas sobre los bienes concernidos cuyo tracto habrá de poder ser seguido[1072]; b) posibilidad de inscripción registral de su titularidad ex art. 2.3º LH[1073]; c) representación judicial y extrajudicial de la herencia[1074]; d) posesión de los bienes hereditarios; e) administración; f) disposición por actos entre vivos: El art. 424-14.1 CCCataluña da plenas facultades dispositivas al

[1067] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 161.

[1068] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 163. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 795.

[1069] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 776. Igualmente entiende que el legatario de confianza adquiere tal condición desde el moniento de la apertura de la sucesión y sin necesidad de aceptación, sin perjuicio de que pueda renunciarlo (art. 427-15 CCCat).

[1070] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 779; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141. También entiende aplicable el mismo deber por sujeción a las normas de la sustitución fideicomisaria (art. 426-20 CCCat).

[1071] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 284; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 778; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567.

[1072] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141.

[1073] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 601; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 779; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 284.

[1074] Representación que se deduce de los art. 6.1.4º y 7.5 LEC y art. 35.4 y 45.3 LGT. POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 141, invocan en el mismo sentido la STSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 23-03-2000.

heredero de confianza y únicamente prevé como limitaciones las impuestas por el testador[1075].

*5.7. Ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.*

5.7.1. Requisitos.

a) Requisitos personales. (i) Legitimación. El testador puede instituir uno o más herederos de confianza, y nombrarlos para que actúen sucesivamente (art. 424-11.2 CCCataluña) o conjuntamente. Si han de actuar conjuntamente, salvo disposición testamentaria en contra, los herederos o legatarios de confianza actúan por mayoría, pero, si queda solo uno, este puede actuar por él mismo (art. 424-11.3 CCCataluña)[1076], mayoría referida a los llamados que han aceptado Si no puede alcanzarse mayoría no puede revelarse la confianza y deviene ineficaz la institución[1077].

b) Requisitos reales. Se prevén dos modos de manifestar la confianza. a) la revelación de la confianza o modo directo o expreso. b) El medio indirecto del cumplimiento de la confianza confiriendo a los bienes el destino deseado por el testador sin desvelarla (art. 424-15.1 CCCataluña). Los herederos de confianza son los únicos legitimados para revelar la confianza y tanto el testador puede prohibir su revelación como, los herederos están facultados para no revelarla (art. 424-13.1 CCCataluña)[1078]. La revelación de la confianza podrá ser impugnada por quien tenga un interés sucesorio, pero le corresponderá probar que la voluntad real del testador era otra (art. 424-13

[1075] Aunque por analogía con el albacea, no puede adquirir el propio confidenciario aunque sí sus familiares directos según PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 285, quien invoca la STS de 13-10-1936.

[1076] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 782; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567.

[1077] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 783. Esta última entiende, además, por analogía con los albaceas la gestión por uno solo de los confidenciarios cuando estuviera autorizada la sustitución y en los casos de urgencia, siempre con la ratificación posterior (arts. 429-1.3 y 429-2.1 CCCat). Por supuesto, aparte de razones de urgencia, autorización previa o ratificación posterior, cabe para dicha autora que los interesados en la sucesión puedan impugnar la gestión, al amparo de que no se ha producido un cumplimiento fiel de la voluntad del que instituyó.

[1078] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 786; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 286; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit, pp. 567.

CCCataluña)[1079]. Si la confianza se ha revelado ya puede hablarse de una verdadera obligación de cumplimiento del confidenciario exigible por los beneficiarios[1080].

c) Requisitos formales. (i) Si la confianza se revela, debe formalizarse en escritura pública, protocolizando, si existen, las instrucciones dadas por escrito por el testador (art. 424-13.1 CCCataluña)[1081]. (ii) La asignación de bienes en ejecución de la confianza, puede tener lugar, bien asignando directamente bienes, si no ha revelado aquélla, bien como albacea, ejecutando su cargo, una vez desvelada[1082].

A partir del momento de la revelación, el confidenciario ha de cumplir su encargo en los plazos que haya establecido el testador, que se pueden ampliar por todos los herederos de común acuerdo y a falta de término testamentario, cuando no haya cumplido el encargo dentro del año a contar de la revelación de la confianza, cualquiera de los interesados puede solicitar al juez para que señale el plazo transcurrido el cual caducará el cargo del confidenciario y sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigírsele por razón de la demora (art. 429-13.1 y 2 CCCataluña)[1083].

5.7.2. Efectos. La confianza revelada forma parte del testamento y no se puede revocar ni alterar, pero sí que se puede aclarar (art. 424-13.2 CCCataluña), como función interpretativa propia de los albaceas en que se convierten los herederos de confianza tras dicha revelación (art. 424-14. 2 CCCataluña)[1084].

Pero la adquisición por los beneficiarios se produce no por la mera revelación sino por la destinación o adjudicación, que es definida por GETE-ALONSO Y CALERA[1085] como "un puro ofrecimiento de la herencia o parte de ella a la persona o personas que fijó el causante, no es más que *ius delationis* del destinatario, que éste

---

[1079] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 287; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 778, pero esta última admite que si bien cuando la confianza no se haya revelado, nadie en principio, puede obligar a su ejecución ni a su revelación, cabe que puedan exigir su cumplimiento los herederos abintestato del causante (puesto que el destinatario es desconocido).

[1080] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 778.

[1081] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 286; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 778 y 786, son requisitos "ad solemnitatem".

[1082] PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 161.

[1083] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 779.

[1084] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142 y 143; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 785; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 287; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 161.

[1085] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 788.

deberá aceptar o repudiar y se aplicarán las reglas generales"[1086]. Una vez hecha, es irrevocable la elección efectuada en heredamiento o escritura pública, pero no la dada en testamento por el viudo o pareja estable[1087].

Obviamente, los beneficiarios deben aceptar su llamamiento para adquirir los bienes con que han sido agraciados[1088], adquisición que se retrotrae a la fecha de la muerte del causante[1089] (art. 411-5 CCCataluña) con posesión civilísima desde dicha fecha (art. 411-6 CCCataluña).

5.7.3. Repesca. En opinión de GETE-ALONSO Y CALERA[1090], siendo ineficaz la ordenación sucesoria hecha por el confidenciario, no cabe que tenga una segunda oportunidad de regularla, pues su encargo "caduca" en los supuestos de su frustración, en cuyo caso deben producirse los llamamientos a favor de otros herederos testamentarios o abintestato y en el legado de confianza, éste se depura y el bien legado se integra en la herencia (art. 424-15.2 CCCataluña).

*5.8. Extinción de la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.*

5.9.1. Causas de extinción. Conforme al art. 424-15 CCCataluña, las instituciones de heredero y los legados de confianza caducan si los herederos o los legatarios nombrados o, si procede, sus sustitutos, mueren sin haber revelado o cumplido la confianza, si la revelan o cumplen a su favor y, en general, si la confianza no puede cumplirse por el hecho que resulta desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable. Caducan igualmente en la parte en que la confianza resulte afectada por alguna de estas circunstancias.

Recuerda GETE-ALONSO Y CALERA[1091] que las causas de extinción de la herencia de confianza relacionadas en el art. 424-15 CCCataluña no son exhaustivas y que no excluye su ineficacia por las causas generales de las disposiciones testamentarias. a) La principal causa es el cumplimiento total del encargo o

[1086] Sobre que la institución de la herencia de confianza suspende la delación a favor de los beneficiarios también se pronuncian los siguientes autores: POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 140 y 143; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 283. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 158.

[1087] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 279; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 564; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 764.

[1088] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142 y 143; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 785.

[1089] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 786.

[1090] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 777.

[1091] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 792.

consumación[1092], lo que es difícil de probar. La revelación de las instrucciones no es causa de extinción. Además, conforme al art. 424-15.1 CCCataluña las instituciones de heredero y los legados de confianza "caducan" si: b) los confidenciarios nombrados (o sus sustitutos) repudian todos o mueren todos[1093] sin haberla revelado o cumplido[1094]; c) si la revelan o cumplen a su favor[1095], y, en general, si la confianza no puede cumplirse por el hecho que resulta desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable, no hay acuerdo mayoritario sobre la confianza revelada, porque se agota el proceso hermenéutico[1096]. d) También deviene ineficaz si la ejecución de la confianza padece vicios del consentimiento (art. 422-1 CCCataluña)[1097]. e) No hay plazo legal para la revelación y el cumplimiento de la confianza[1098]. f) También se extingue si los beneficiarios no aceptan su llamamiento, a falta de sustitutos vulgares o del derecho de acrecer[1099], por razón de devenir la confianza de imposible cumplimiento[1100].

5.9.2. Efectos. La "caducidad" (extinción) de la herencia de confianza ha de ser declarada judicialmente[1101]. Salvo que la voluntad del testador sea otra, la herencia de confianza o la parte de la misma que haya caducado acrece la parte de los coherederos instituidos sin encargo confidencial o, en su defecto, se defiere a favor de quienes en el momento de la muerte del testador habrían sido sus herederos "ab intestato", con

[1092] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 144. PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 161.

[1093] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 776 pero en la pp. 793 excepciona a la extinción del encago que las instrucciones escritas del causante aparezcan y valgan como testamento, codicilo o memoria testamentaria.

[1094] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 143; SAP de Barcelona, sec. 16ª, de 14-10-1999. GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 777 y 790 entiende que si el beneficiario muere en el ínterin entre la apertura de la sucesión y la revelación de la confianza no hay "ius transmissionis" porque no ha habido delación a su favor, como sujeta a condición suspensiva (art. 423-14 CCCataluña). A favor del "ius transmisionis" en este caso, PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 283 y ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 567, por el plausible argumento de que el beneficiario ya era capaz de suceder al causante.

[1095] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 279; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 564 se limitan a considerar sospechosa de fraude la confianza revelada a favor de los parientes del confidenciarlo.

[1096] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 786; POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 143.

[1097] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 785; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 285.

[1098] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 776; PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 287.

[1099] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 789.

[1100] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142 y 143.

[1101] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 795.

derecho de transmisión a favor de sus sucesores. En el caso de caducidad parcial, estas personas tienen la condición de legatarios de parte alícuota en la porción caducada (art. 424-15.2 CCCataluña)[1102]. Si el legado de confianza caduca total o parcialmente, la herencia lo absorbe[1103].

### 6. El fideicomiso de elección y de distribución en Cataluña.

*6.1. Concepto de fideicomiso de elección y de distribución.* Según SOLÉ RESINA[1104] el art. 426-11 CCCataluña no define la institución sino que se limita a dar normas para resolver, respectivamente, la elección por el fiduciario del fideicomisario, o la distribución de la herencia entre varios fideicomisarios.

PUIG BLANES[1105] lo encuadra en el art. 426-11 CCCataluña y lo define como el fideicomiso[1106] en el que el causante atribuye al fiduciario la facultad de, o bien elegir fideicomisario entre personas qne designa por sus nombres o circunstancias, o que forman un grupo determinado, o bien la de distribuir la herencia entre los fidieicomisarios.

*6.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso de elección y de distribución.* GARRIDO MELERO[1107] cita la doctrina italiana sobre el carácter no fideicomisario del fideicomiso con facultad de disposición mortis causa, aunque personalmente opina que sí es un tipo de sustitución fideicomisaria cuyos caracteres esenciales se mantienen, a saber: la adquisición plena del patrimonio por el fiduciario en caso de inexistencia por cualquier causa del grupo de los fideicomisarios.

Según PUIG BLANES [1108] en el fideicomiso de elección se han de seguir las instrucciones del fideicomitente, de modo que las previsiones del CCCataluña son de carácter dispositivo, normas paralelas a las previstas para la herencia de confianza[1109].

*6.3. Clases de fideicomiso de elección y de distribución.* Cabe que el fideicomitente otorgue al fiduciario facultades de elección o de mera distribución (de

[1102] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 142 a 144; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 597.

[1103] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 777.

[1104] SOLÉ RESINA, Judith. "Capítulo 23. El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña", en María-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. 1014.

[1105] PUIG BLANES, Francisco de Paula. "Capítulo VI. Los fideicomisos", en Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-470-3812-1, 2011, pp. 192.

[1106] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 155, definen el fideicomiso (art. 426- 1.1 CCCataluña) como un mecanismo por el cual el causante "puede ordenar el destino de sus bienes de manera sucesiva, en el sentido de que el primer llamado no los hace suyos definitivamente, sino que, pasado un tiempo -la mayoría de las veces al fallecimiento del primer llamado- dichos bienes deben entregarse a otra persona".

[1107] GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp. 1011.

[1108] PUIG BLANES, Francisco de Paula. "Capítulo VI. Los fideicomisos", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II, obra cit., pp. 192.

[1109] Asimismo, POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 162.

herederos o legatarios), en bienes o en cuotas. Además, el causante puede autorizar a un tercero la facultad de elegir a un legatario de entre un grupo de personas designadas por éste en cuyo caso se le aplican las reglas del fideicomiso de elección[1110].

*6.4. Requisitos del fideicomiso de elección y de distribución.*

6.4.1. Requisitos subjetivos. Concurren en la institución el fideicomitente, el fiduciario y los fideicomisarios. a) Capacidad. La capacidad sucesoria tanto del fiduciario como del fideicomisario debe apreciarse respecto al fideicomitente, pues ambos suceden a éste. El fiduciario debe estar al menos concebido al fallecimiento del causante (incluso si no es heredero, cabe *concepturus*) y el fideicomisario debe estarlo al tiempo del llamamiento a su favor[1111]. b) Legitimación. La libertad de elección de fideicomisario o distribución entre varios que conforme al art. 426-11 CCCataluña disfruta el fiduciario no es absoluta, sino limitada al círculo delimitado por el fideicomitente[1112]. La elección puede recaer en una, varias o todas las personas designadas, pero, si se trata de hijos, el fiduciario sólo puede escoger a nietos que sean hijos de un hijo premuerto. Si en la herencia propia el fiduciario ha nombrado heredero a alguno o algunos de los fideicomisarios, en defecto de elección o distribución expresa, se entiende que la elección o la distribución se hace a favor de éstos.

6.4.2. Requisitos objetivos. a) Cabe que el fideicomitente otorgue al fiduciario facultades de elección o de mera distribución (de herederos o legatarios), en bienes o en cuotas[1113], que en defecto de especificación serán por partes iguales. b) No pueden imponerse al elegido condiciones, prohibiciones de disponer u otros modos, fideicomisos ni ninguna otra carga o limitación, pero pueden serle ordenadas sustituciones vulgares a favor de otros designados.

6.4.3. Requisitos formales. Los propios de cualquier disposición sucesoria en Cataluña, (art. 426-2 CCCataluña), los fideicomisos pueden ordenarse en pacto sucesorio, testamento, codicilo y donación por causa de muerte[1114].

*6.5. Efectos del fideicomiso de elección y de distribución pendiente la ejecución.* Esta institución pende entre la muerte del causante y el fallecimiento del fiduciario, o el plazo o término señalado por el fideicomitente (art. 426-1.1 CCCataluña). Según DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER/BOSCH[1115] el fiduciario adquiere la herencia mediante su aceptación, y desde entonces ocupa la posición de heredero o legatario respecto los bienes fideicomitidos. El fiduciario (art. 426-26 y ss. CCCataluña) como propietario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones y facultad de disposición con ciertos límites pero no es un heredero libre, porque tiene ciertas obligaciones para salvaguardar los derechos de los fideicomisarios:

---

[1110] ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 599.
[1111] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 162.
[1112] Ibídem.
[1113] PUIG BLANES, Francisco de Paula. "Capítulo VI. Los fideicomisos", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, obra cit., pp. 192
[1114] En opinión de POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 161, también cabe en memoria testamentaria, pero ésta y el codicilo sólo valen para ordenar legados sujetos a sustitución fideicomisaria.
[1115] POZO (del) CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones,* obra cit., pp. 1018

hacer inventario de los bienes, prestar garantía, inscripción de inmuebles e inversión y depósito de muebles y valores (art. 426-20 a 22 CCCataluña). Por su parte, el fideicomisario cuenta con ciertas acciones y derechos de protección, tales como ser reconocido como tal, incluso judicialmente, exigir al fiduciario que informe sobre el estado de los bienes, pedir garantía en seguridad del pago del fideicomiso si hay peligro en la actuación del fiduciario e impugnar judicialmente los actos de disposición otorgados por el fiduciario (art. 426-23 CCCataluña).

*6.6. Ejecución del fideicomiso de elección y de distribución.* La autorización del disponente no obliga al fiduciario a elegir fideicomisarios sino que simplemente le otorga la facultad de hacerlo (art. 426-11.f CCCataluña), de modo que si no se ha hecho ni elección ni distribución, los elegibles son fideicomisarios por partes iguales. La elección debe hacerse personalmente en testamento, codicilo o pacto sucesorio, en que debe expresarse que se hace uso de la facultad de elegir, sin que sea admisible delegarla ni encomendarla a un apoderado. La elección puede hacerse también por acto entre vivos, en una escritura pública, que es irrevocable, sin perjuicio de la facultad de nombrar a otro fideicomisario si el nombrado muere o renuncia antes de deferirse el fideicomiso. El cargo del fiduciario de elección no es personalísimo, luego puede ocurrir que en el negocio jurídico que ordene el fideicomiso no designe al fideicomisario, sino que conforme a los arts. 424-1 y ss. CCCataluña, encargue tal designación a otra persona, en concreto a un fiduciario[1116].

*6.7. Extinción del fideicomiso de elección y de distribución.* Según el art. 426-12 CCCataluña los fideicomisos se extinguen en los siguientes casos: a) Si no queda ningún fideicomisario con derecho al fideicomiso, ni por vía de sustitución vulgar. b) Si se llega a los llamamientos de fideicomisarios que superan los límites legales permitidos. c) Si todos los posibles fideicomisarios renuncian a su derecho. d) En los fideicomisos condicionales, si se incumple la condición.

[1116] DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 162.

## VI. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE GALICIA.

### 1. Antecedentes y regulación actual.

CARBALLO FIDALGO[1117], con fundamento en las STS de 31-01-1899 y STS de 16-03-1932 entiende que, frente a las limitaciones del Código, la delegación de la facultad de mejorar trató de abrirse camino en Galicia por vía testamentaria a través de dos fórmulas tendentes a tal fin: la mejora dispuesta a favor de quien resultase elegido por el cónyuge viudo; y la mejora dispuesta a favor del descendiente que con el consentimiento del otro cónyuge se casase para la *casa petrucial*, soluciones respectivamente permitidas y negadas por dichas sentencias. Y añade "cegada la posibilidad de la delegación de la facultad de mejorar por la vía descrita, será una demanda del foralismo gallego la admisión legal de la delegación testamentaria del poder de mejorar, como mecanismo puesto al servicio de una finalidad más ambiciosa: la consecución del mayor acierto en la designación de la persona que hubiera de sucede en la casa". En dicha línea se sitúa la E.d.M. de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia que afirma que "La presente Ley de derecho civil de Galicia intenta, pues, desarrollar, en todos sus aspectos, aquellas instituciones jurídicos-privadas que realmente estuviesen vivas en el derecho propio de Galicia".

NÚÑEZ IGLESIAS[1118] comenta que había en Galicia costumbre de delegar la facultad de mejorar en testamento bajo la vigencia de las Leyes de Toro, esto es, durante la Baja Edad Media y la Edad Moderna. Sin embargo, en la Edad Contemporánea, tras la promulgación del Código civil, dicha delegación de la facultad de mejorar al amparo del art. 831 CC cayó en desuso pues el mismo sólo previó la posibilidad de otorgarla en capitulaciones matrimoniales, institución prácticamente desconocida en Galicia que convirtió a dicho precepto en "letra muerta", hasta el punto que sólo dos sentencias del Tribunal Supremo fallaron sobre el particular (STS de 31-01-1889 y 16-03-1932) y añade que quizás por eso su propia Compilación (Ley 147/1963 de 2 de diciembre sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia) no llegó a reconocer dicha institución.

También los notarios CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1119] afirman que la sucesión por comisario no tiene precedentes en el Derecho Gallego, pues "se trata de una institución jurídico-privada realmente viva en Galicia, aunque no como Derecho propio de Galicia (en el sentido de especial o distinto del Derecho común), sino como Derecho común aplicable también a Galicia. Es decir, no es Derecho vivo de Galicia, aunque sí Derecho (Común) vivo en Galicia". Lo cierto es que BUSTO LAGO[1120] en su nota introductoria al "Curso de Derecho Civil de Galicia" detalla una serie de costumbres jurídicas de dicha región, ninguna de las cuales es la que nos ocupa.

---

[1117] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 13.

[1118] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 249, 318, 331.

[1119] 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 y 145.

[1120] BUSTO LAGO, José-Manuel. "Introducción" , en José-Manuel Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9, pp. 23-28.

Es a partir de la Ley 4/1995 de 24 de mayo de 1995, de Derecho Civil de Galicia cuando se regula por primera vez (Título VIII) el testamento por comisario, art. 141 a 143, en cuya virtud se permitía al testador hacer tal nombramiento a favor de su cónyuge de una manera prácticamente idéntica a redacción del artículo 831 del Código Civil anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre[1121].

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia –LDCGalicia- rige actualmente esta materia, concretamente en sus art. 196 a 202, dentro de la sección 3ª ("Del testamento por comisario") del Capítulo I ("Disposiciones generales") del Título X ("De la sucesión por causa de muerte"). Se trata de una normativa que, como veremos, da solución a muchos de los problemas que la magra regulación de la Ley de 1995 planteaba y avanza en la ruptura con los límites conceptuales y materiales del art. 831 CC y en su consolidación como una verdadera sucesión delegada casi plena.

**2. Concepto, naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres del comisario sujeto a la regulación de Galicia.**

*2.1. Concepto de la sucesión por comisario.* Según el art. 196 LDCGalicia, "Se llama testamento por comisario al que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad testatoria concedida por el otro". Para CORA GUERRERO/GIL CABALLERO y CARBALLO FIDALGO[1122] y la SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017[1123] la similitud con el comisario es sólo nominal, dado que el delegado no tiene plenas facultades de ordenación de la sucesión como si el ordenante fuera el causante mismo, siendo más próxima a la figura del art. 831 CC.

*2.2. Naturaleza jurídica de la sucesión por comisario.* Frente al art. 136 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia que regulaba el testamento por comisario como una modalidad más del testamento abierto ("El testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario."), los art. 186 y 196 y ss. LDCGalicia parecen darle substantividad propia a la institución, ya no parece una forma de dicho testamento abierto. CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1124] defendieron

[1121] 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. 144. Por sus limitaciones de las personas del delegado, los sucesores y las facultades dables al primero y añaden "no estamos ante un auténtico testamento por comisario, en el sentido de «testamento por otro»". ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 166.

[1122] 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. 144. CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 12.

[1123] "La actual Ley 2/2006, con la misma rubrica "del testamento por comisario", regula la figura en los art. 196 a 202, denominación que fue y es objeto de críticas por la doctrina, al no encontrarnos ante un auténtico testamento por comisario, sino más bien ante una institución similar a la regulada en el art. 831 CC, si bien en nuestra ley gallega, no puede ya denominarse, como en el derecho común, delegación de la facultad de mejorar, al haber desaparecido, con la nueva regulación de las legitimas, el tercio de mejora".

[1124] 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. 144: "no estamos ante un auténtico testamento por comisario, en el sentido de «testamento por otro», ni siquiera una clase de testamento, sino ante una modalidad de la institución de heredero, que implica una excepción no sólo al 1.057 del Código Civil, sino también al 670 del mismo, ya que el «comisario» del 141 de la Ley Gallega es más que un simple contador partidor...", conclusión literalmente deducible del art. 136 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia.

bajo la vigencia de la Ley 4/1995 que la sucesión por comisario no es una forma testamentaria, sino una forma de instituir heredero, lo que es indudable para la doctrina vasca[1125].

En cuanto al concreto mecanismo por el que se explica que la voluntad del causante es manifestada por el delegado sucesorio, PÉREZ ÁLVAREZ[1126] se decanta por la teoría de la voluntad integradora en la más pura concepción de LACRUZ BERDEJO. También DÍAZ TEIJEIRO[1127] opta por la teoría de la voluntad integradora pues concluye que en Derecho civil gallego el momento de la delación sucesoria es el de la muerte del causante (art. 244.1º LDCGalicia) y el retraso hasta la ejecución un diferimiento "de los efectos que el artículo 1.068 CC asocia a la partición, esto es, los herederos no adquirirán la propiedad de los bienes que les hayan sido adjudicados hasta que se produzca el fallecimiento del cónyuge supérstite". Por su parte, CARBALLO FIDALGO y BUSTO LAGO[1128] se postulan a favor de la teoría según la cual el comisario gallego es titular de un poder de disposición *mortis causa* sobre un patrimonio ajeno[1129], es decir, una aproximación a la representación indirecta del causante.

Sin embargo, en mi opinión podría sustentarse una concepción del comisario como representante del causante pues el art. 196 LDCGalicia habla de "concesión de la facultad testatoria" y el art. 197 LDCGalicia de "atribuir" la facultad de designar heredero o legatario, siendo así que son sinónimos de la usual "conferir" y que "facultad" según el diccionario de la RAEL es "1. f. Aptitud, potencia física o moral" y "2. f. Poder o derecho para hacer algo". Por fin, el art. 200 LDCGalicia, al contrario que el art. 141 Ley 4/1995 (gallega, idéntico al art. 831 CC anterior a la reforma por Ley

---

[1125] CELAYA IBARRA, Adrián, *Vizcaya y su Fuero Civil*, obra cit., pp. 275. DE ASTORQUI ZABALA, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*. Aranzadi, Bilbao, 1964, pp. 94. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 139. GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana y MARTÍNEZ LLAMAZARES, Juan Carlos, "La práctica actual del poder testatorio" en *Derecho sucesorio: El poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil*, *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, 2004, núm. extraordinario 1, ISBN: 84-8968919–9, pp. 98.

[1126] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 28 y 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".

[1127] DÍAZ TEIJEIRO, Carlos-María, *El sistema legitimario de Galicia*, obra cit., pp. 93 y 142.

[1128] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 3 y 6: "El fiduciario ostenta, respecto a la relación subjetiva causante-sucesor, la condición de tercero, carente de un interés patrimonial directo, pero investido de un poder de disposición que en esencia se traduce en la facultad de elección de sucesores y reparto entre ellos de la herencia". 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.

[1129] Recordemos CERDÁ JIMENO, José, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385, la define como "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, y cuya titularidad no atribuye provecho económico alguno". Sus principales defensores son ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 50 y MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 83, quien invoca en su apoyo a ROCA SASTRE, Ramón-María, *Derecho Hipotecario*, obra cit., pp. 233 y a la RDGRN de 11-03-1929, "es un supuesto en el que una persona no propietaria de unos bienes (aquellos sobre los que actúa en fiducia) goza de una titularidad de disposición sobre los mismos".

41/2003, estatal) no reduce dicha facultad a que el delegado pueda "distribuir" y "mejorar" como en el art. 831 CC en la redacción anterior a 2003, sino que le autoriza a efectuar "adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones", lo que incluye la máxima facultad de ordenar la sucesión: el nombramiento de comisario.

*2.3. Diferencia de la sucesión por comisario con figuras afines.*

2.3.1. Respecto del comisario de la LDCV. Con la actual regulación, CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1130] identifican como notas diferenciadoras que el delegado no tiene toda la potestad para ordenar la sucesión del causante y que sólo puede serlo el cónyuge viudo y a favor de los hijos comunes.

Comparto esta afirmación. Como sobre la figura del fiduciario de Ibiza y Formentera, entiendo que la interpretación doctrinal del comisario gallego, todavía muy deuda de los prejuicios y análisis propios del art. 831 CC la alejan en la práctica de la posibilidad de ser una sucesión por comisario, la oportunidad de "ordenar la sucesión del causante". Me fundo en que se puede otorgar sólo entre cónyuges, la doctrina no se atreve abiertamente, como veremos, a admitir que los sucesores designados no sean descendientes comunes a fiduciario y causante; o que no se le reconozca la posibilidad de nombrar a dicho fiduciario albaceas y contadores partidores del causante; todo lo cual parece reconducir su naturaleza en la práctica a una mera facultad de disposición-partición similar a la figura del art. 831 CC.

2.3.2. Respecto del heredero distribuidor. BUSTO LAGO[1131] entiende que la facultad no es susceptible de integrarse en el patrimonio del delegatario por lo que no es transmisible *mortis causa*, aunque sí es susceptible de ser ejercitada mediante negocio jurídico con eficacia tras su muerte (art. 200.1.2º de la LDCGalicia).

2.3.3. Respecto al contador partidor. La LDCGalicia y merece crítica desfavorable porque usa la denominación "comisario" polisémicamente, con el consiguiente riesgo de confusión del contador-partidor con el delegado para testar. Así los art. 284 y 249.2 LDCGalicia hablan de "comisario-contador partidor" en el sentido del Derecho civil común y su doctrina, es decir, el contador partidor testamentario[1132],

---

[1130] 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.144.

[1131] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396.

[1132] Como dicen ROCA SASTRE Ramón-María *Estudios de Derecho Privado. Tomo II, sucesiones*. Aranzadi, Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2009. ISBN 978-84-9903-172-9, pp. 461. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, obr cit., pp. 147. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 232, la acepción amplia o genérica, concibe el comisario como el ejecutor total y pleno de un testamento, absorbiendo todas las facultades del albacea y del contador-partidor. Más duda se daba con el art. 159.2 Ley 1995 ("No obstante, podrá nombrar contador-partidor, tanto en capitulaciones como en testamento, mancomunado o no, al cónyuge sobreviviente al que hubiese asignado el usufructo total de viudedad y delegar además en él la facultad de mejorar a los hijos o descendientes comunes, sin perjuicio de las disposiciones del causante"). Este precepto fue criticado por 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. 149, porque "menciona, de modo extemporáneo y perturbador, la

(art. 1057 CC, art. 782 LEC y la jurisprudencia[1133]). Efectivamente este comisario de los art. 284 y 249.2 LDCGalicia tiene como funciones la mera división de la herencia (art. 283 LDCGalicia) y no la institución de herederos o nombramiento de legatarios (art. 197 LDCGalicia).

*2.4. Caracteres de la sucesión por comisario.*

2.4.1. Hasta el ejercicio del poder los llamados en potencia están en situación de mera expectativa[1134], pero no están en absoluto inerme pues como afirma PÉREZ ÁLVAREZ[1135], hasta la eficacia del negocio de ejecución el interés legítimo que les asiste les facultará para "solicitar la extinción del usufructo ex arts. 230, 236 y 237 LDCGalicia e instar judicialmente la puesta en administración de la herencia [art. 792 LEC]; ejercitar la acción de nulidad del negocio constitutivo; pedir la anotación preventiva del derecho -expectante- a la legítima en el Registro de la propiedad [cfr. art. 249.2 LDCGalicia]; o solicitar al cónyuge viudo ["comisario"] que formalice inventario de los bienes con valoración de los mismos (cfr. art. 249 LDCGalicia] y preste fianza a los efectos de que resulten salvaguardadas las legítimas [cfr. art. 231 LDCGalicia] . Y además, concurriendo los requisitos exigibles, cualquier descendiente -común o no- podrá exigir al comisario la prestación de alimentos con cargo al usufructo [art. 234.3º LDCGalicia]. Mas, los destinatarios no podrán en ningún caso solicitar la partición judicial de la herencia…".

2.4.2. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante[1136].

2.4.3. Función o cargo personalísimo pues sólo corresponde al cónyuge supérstite (art. 197 LDCGalicia) y por tanto indelegable o intransferible en cuanto al ejercicio de la facultad de testar; y para parte de la doctrina, incluso también es personalísima la de partir la herencia[1137].

---

delegación del artículo 141, pero sin que sea bastante para concluir que debe ser usufructuario universal el nombrado ex artículo 141".

[1133] STSJ de Galicia (Civil y Penal), sec. 1ª, de 06-02-2019, AAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 23-04-2012, SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 15-10-2007, AAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 15-10-2007, SAP de Ourense, sec. 2ª, de 14-12-2004, SAP de Lugo, sec. 1ª, de 13-07-2012, SAP de A Coruña, sec. 5ª, de 25-05-2018, SAP de A Coruña, sec. 3ª, de 12-04-2013, donde habla de contadores partidores, les llama comisarios y dice "Por lo que no puede estimarse la pretensión de nulidad del cese de los nombrados. Máxime cuando se trata de cargos de estricta confianza, esencialmente revocables. Y la voluntad de los otorgantes es clara y diáfana".

[1134] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 398.

[1135] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 44 y 46.

[1136] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 71, lo denomina "accesoriedad", lo que determina, pp. 110 que la nulidad del negocio de nombramiento del comisario arrastre el del negocio de ejecución por este último.

[1137] 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., 151. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396, entienden que el ejercicio de la facultad testatoria es de carácter personalísimo. No cabe subdelegación o subfiducia por el viudo designado comisario, quien tampoco puede designar contador-partidor de la herencia, aunque en su función sí puede auxiliarse con técnicos en la materia o peritos, fundamentalmente en orden a la realización de algunas actuaciones que exigen determinados conocimientos especializados,

2.4.4. Voluntario en la aceptación y renuncia[1138].

2.4.5. Vitalicio, por defecto (art. 199 LDCGalicia, al contrario que la previsión del art. 831 CC).

2.4.6. Siempre revocable (art. 202.2 LDCGalicia)[1139].

2.4.7. Responsable como administrador (art. 201 LDCGalicia)[1140].

**3. Clases de sucesión por comisario.**

En teoría no hay más que una categoría, pero bien mirado, es posible construir una figura semejante al *alkar poderoso* vasco, que desborde totalmente lo que es un mero delegado para testar. Para ello es necesario que al viudo, además de serle conferida la facultad de ordenar la sucesión del causante se le otorgar el carácter de

---

como son fundamentalmente la realización del inventario de los bienes sobre los que cabe el ejercicio de la facultad testatoria atribuida y el imprescindible avalúo o tasación de los mismos. Por la misma razón la facultad no es susceptible de integrar el patrimonio hereditario del delegatario transmisible mortis cusa, aunque sí es susceptible de ser ejercitada mediante negocio jurídico con eficacia entre vivos ex artículo 200.1.2º de la LDCGalicia. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 72, se pronuncia en contra, y cita tres excepciones: i) En los casos de actuación del poder por medio de negocio jurídico bilateral [v. gr. pacto sucesorio] haya de concurrir el hijo o descendiente que interviene como parte del mismo. ii) Las normas no impiden la ulterior intervención de un tercero [v. gr. albacea o contador-partidor] a los efectos de velar por el cumplimiento o liquidar la ordenación sucesoria que sí habrá de proceder, de modo necesario, del comisario. iii) Salvo que la ejecución se lleve a cabo por medio de testamento, pueda el comisario delegar la formalización del negocio de ejecución en un tercero [arg. ex art. 212 LDCG: «Será admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio»". Estoy de acuerdo en esto último, pues es absurdo que el comisario pueda otorgar el testamento del autorizante y no pueda nombrar ejecutor del mismo.

[1138] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 72.

[1139] 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. 147, defienden que cabe la revocación tanto por testamento, cuanto en capitulaciones, que para estos efectos entienden cabe la revocación unilateral. Sobre la revocación por testamento entienden que debe flexibilizarse el entendimiento de la automática revocación de la delegación por otro testamento posterior si éste no contiene revocación expresa. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 394, después de recordar la revocabilidad absoluta del nombramiento en testamento, manifiesta que no se puede revocar propiamente el nombramiento de comisario en capitulaciones, pero se puede dejar sin efecto mediante el otorgamiento de un testamento posterior que lo deje sin efecto. Parece que esta fue la postura asumida por el art. 202.2 LDCGalicia, pues así lo avanzó CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 15: "en la Ponencia de la Sección Sexta (…) nos parece inexplicable que, posteriormente, proponga como causa de extinción del cargo la realización por el otorgante de disposiciones sucesorias posteriores, con lo que parece admitir una eventual revocación en testamento". Para PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 35 el nombramiento de comisario es siempre revocable.

[1140] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 45 y 46, del hecho que la muerte del causante comprende una vocación inicial de los descendientes pero se difiere la delación al momento de la ejecución se deduce que, por existir un simple llamamiento a suceder, los destinatarios no respondan por las cargas de la herencia. Y en pp. 140 afirma claramente la responsabilidad del comisario por la administración bajo el canon de la diligencia del buen padre de familia (art. 234.2º LDCGalicia).

usufructuario. CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1141] contemplaron esta posibilidad al criticar el art. 159.2 Ley 4/1995 para quienes mezclaba confusamente la posición de contador partidor, usufructuario y fiduciario que podían concurrir en el viudo, que contrariamente a lo que pudiera sugerir el precepto, eran dables por separado. Así tendríamos:

*3.1. Comisario ordinario.* Su suelo de facultades no es irrelevante: a) la administración de la herencia se le otorga salvo que el causante disponga otra cosa (art. 202.1 LDCGalicia), b) de ordenación de la sucesión (art. 197 y 200 LDCGalicia, c) de partición hereditaria (art. 200.1.1º y 248 LDCGalicia), d) de disposición onerosa de bienes, aunque limitada a disponer del metálico hereditario que estuviera en su poder o depositado en entidad de crédito a nombre del causante; y d) será un cargo de duración indefinida (art. 199 LDCGalicia).

*3.2. Comisario usufructuario universal.* Unificando las funciones de comisario (art. 197 y ss. LDCGalicia) y el usufructo universal (art. 233 a 237 LDCGalicia), surge un comisario *plenario* especialmente reforzado por un alto techo de facultades a añadir a las anteriores: a) disfrutar la herencia vitaliciamente, en principio[1142] (art. 236 y 237 LDCGalicia) y b) facultades dispositivas del patrimonio hereditario sobre metálico, depósitos bancarios, mobiliario ordinario y semovientes, para pagar deudas. Y sobre los dos últimos grupos de bienes enajenarlos incluso por mera conveniencia, con obligación de reposición del *tantundem*. Cualquier otro acto de disposición precisará del consentimiento de los nudo propietarios, lo que exigiría ora un ejercicio parcial de poder, ora la autorización de los legitimarios más próximos en grado (art. 233.2º LDCGalicia)[1143] o autorización judicial. c) También está facultado para pagar en metálico la legítima de los descendientes (art. 233. 2º y 248 LDCGalicia) pues, como señalan CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1144], puede hacerlo porque al ser usufructuario universal no habrá intereses opuestos.

---

[1141] 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. 149 "Por otra parte, no es necesario que el cónyuge tenga que ser usufructuario universal en la herencia del premuerto, a pesar de lo dispuesto en el artículo 159, pues este último artículo se refiere a que el cónyuge usufructuario universal puede ser contador partidor de la herencia de su consorte". Decía dicho art. 159.2 Ley 4/1995: "No obstante, podrá nombrar contador-partidor, tanto en capitulaciones como en testamento, mancomunado o no, al cónyuge sobreviviente al que hubiese asignado el usufructo total de viudedad y delegar además en él la facultad de mejorar a los hijos o descendientes comunes, sin perjuicio de las disposiciones del causante".

[1142] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 80: las adjudicaciones no conllevan *ex lege* ni la pérdida de la condición de comisario (el cónyuge supérstite podrá hacer otras atribuciones parciales inter vivos o mortis causa), ni del usufructo sobre los bienes que no hubieran sido objeto del acto de adjudicación. E incluso, pp. 97, reservarse el usufructo, asignando sólo la nuda propiedad.

[1143] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 138.

[1144] 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. 149.

**4. Requisitos de la ordenación de la sucesión por comisario.**

*4.1. Requisitos subjetivos.* Las personas involucradas en la institución que estudiamos son denominados (art. 198 LDCGalicia) "atribuyente", "comisario" y sucesores (herederos o legatarios, art. 197 LDCGalicia).

Dado que la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia carece de normativa propia sobre la discapacidad (sólo regula la autotutela en sus art. 42 y ss.) , le resulta de aplicación, como al Derecho civil vasco, las modificaciones introducidas en el Código civil por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El análisis en profundidad de la relación entre personas con discapacidad y delegación de la facultad de testar se hará en la parte de esta obra que trata de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

4.1.1. Atribuyente. a) Legitimación. Ha de tener la vecindad civil gallega (art. 9.8 CC y art. 4 LDCGalicia), pues es una forma de instituir heredero (CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1145]) u otro punto de conexión que así lo permita, p.ej. conforme al Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo[1146]. b) Capacidad. Ante el silencio de los art. 183 y ss. LDCGalicia sobre los testamentos y art. 173 y ss. LDCGalicia acerca de las capitulaciones, PÉREZ ÁLVAREZ[1147] entiende que el causante ha de tener sólo la mínima capacidad para testar y no ser incapaz (art. 662-666 CC), salvo para el testamento ológrafo (art. 688 CC) que requerirá mayoría de edad. La delegación otorgada en capitulaciones matrimoniales requerirá según dicho autor que el causante sea menor emancipado y no incapaz (art. 46 y 1329 CC), en lo que estoy de acuerdo, pues dado que es revocable aunque sea incluido en pacto sucesorio conforme al art. 202.2 LDCGalicia, no precisa mayoría de edad (art. 210 LDCGalicia) pero no basta la mínima capacidad para testar pues ha de otorgarse en capitulaciones matrimoniales, lo que requiere emancipación (art. 1329 CC).

4.1.2. Comisario. a) Legitimación. Según el art. 196 LDCGalicia[1148], causante y comisario han de estar ligados por vínculo matrimonial o bien ser pareja de hecho

[1145] 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. 144.

[1146] En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Cfr. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43 y URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[1147] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 32.

[1148] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 34; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 610. Con lo que la reforma de 2006 se hizo eco de la crítica 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. 149, acerca de la exclusión de las uniones no matrimoniales.

(D.Aª.3ª.1 LDCGalicia). b) Capacidad. No se determina ni la que sea necesaria, ni el momento en que debe concurrir, luego será exigible la correspondiente al acto a otorgar (art. 200 LDCGalicia) y en dicho momento, no al abrirse la sucesión[1149].

4.1.3. Sucesores. a) Legitimación. La Ley 4/1995 sólo permitía ser asignatarios a los "hijos comunes", lo que fue objeto de crítica por excluir, sólo aparentemente, a los demás descendientes comunes[1150], punto solucionado por el art. 197 LDCGalicia, conforme al cual, pueden ser favorecidos los "hijos o descendientes comunes" al atribuyente y al comisario, sean matrimoniales o no y sin perjuicio de que, como dicen BUSTO LAGO y PÉREZ ÁLVAREZ[1151], atribuyente y comisario tengan hijos no comunes, quienes, como en el art. 831 CC, quedarán fuera de la gama de beneficiarios que nos ocupa[1152]. Dichos hijos o descendientes comunes pueden ser presentes o futuros, siempre que existan al tiempo de abrirse la sucesión[1153]. Por defecto, queda configurada, valga la expresión, una *legítima larga* a favor de los hijos o descendientes en la sucesión por comisario que no la hay en la testamentaria o contractual, pues en éstas últimas es de un mero derecho de crédito individual[1154] de un cuarto del valor líquido hereditario a repartir entre las líneas descendientes (art. 243 LDCGalicia), mínimo al que el testador deberá ajustar sus atribuciones. Por el contrario el comisario ha de disponer de todo el objeto de su encargo a favor de los descendientes comunes, más de lo a que está obligado el causante. b) Capacidad. No se determina cuándo deben ser capaces, luego lo deberán ser en el momento del ejercicio del encargo o al fallecimiento del viudo (art. 200 LDCGalicia). Tampoco se dice qué capacidad sea exigible, luego serán de aplicación los supletorios art. 744, 766 y 791 CC.

*4.2. Requisitos objetivos.*

---

[1149] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 76.

[1150] 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. 151 y 152, propugnaban la inclusión de los nietos, entre otros argumentos por la dicción del art. 159 Ley 1995. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 611.

[1151] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 400. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 36.

[1152] Dice MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 91, que el art. 197 LDCGalicia "contiene una disposición similar a la del citado art. 71 de la Compilación balear, restringiendo el nombramiento a los descendientes comunes y privando al comitente de la facultad de autorizarle a distribuir la herencia entre sujetos distintos de los descendientes comunes". No obstante, RUEDA ESTEBAN, Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 466, aunque no apuesta por ello decididamente sí explora la posibilidad de que, como quiera que el art. 831 CC no lo prohíbe, pueda delegarse, expresamente, la facultad de mejorar a favor de hijos del finado que no sean comunes, lo que tras la mentalidad amplia sobre las facultades que puede conferir el testador de la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015, podría ser defendible judicialmente.

[1153] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 38.

[1154] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 50 y 111.

4.2.1. Facultades del comisario. BUSTO LAGO y PÉREZ ÁLVAREZ[1155] entienden que el comisario tiene cuantas facultades correspondan al atribuyente en orden a la transmisión sucesoria de los bienes hereditarios, de institución y de ejecución[1156]. Por lo tanto, no es cierto que el comisario tenga facultades sucesorias plenas, pues su ámbito de actuación se reduce a los descendientes comunes y ello dará lugar a que su actuación no encaje bien en un sistema de legítimas individuales, lo que es moderado en el caso gallego por la posibilidad de su pago en metálico (art. 233. 2º y 248 LDCGalicia). Por tanto, el causante, en relación con los hijos comunes, puede encomendar al comisario la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan al primero en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.

4.2.3. Restricciones a las funciones del comisario:

a) El respeto a las disposiciones del causante de modo que el comisario (art. 198 LDCGalicia) "habrá de respetar las disposiciones del cónyuge atribuyente", por lo que no podrá modificar revocar el testamento del comitente, ni rehabilitar indignos o desheredados pero sí declarar su indignidad o desheredarlos el comisario mismo[1157].

b) El respeto a las mismas normas imperativas que vinculan al causante, conforme al marco normativo de la sucesión, su ley personal en el momento de su fallecimiento, las legítimas (art. 198 LDCGalicia). Son legitimarios los hijos y descendientes (art. 238 LDCGalicia) y el viudo. Los primeros tienen una legítima de un cuarto de la herencia, individual (art. 243 LDCGalicia, RDGRN de 24-01-2017), *pars valoris* (art. 249.2 LDCGalicia[1158]), con intangibilidad cuantitativa y cualitativa que no

[1155] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 397. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 118.

[1156] 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. 851, inspirándose en MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 90, citan las facultades comprendidas en la delegación: a) La designación, de heredero o herederos, de entre los descendientes comunes a fiduciante y fiduciario, siendo lo tradicional nombra uno solo heredero. b) Distribuir los bienes del causante, en la forma que tenga por conveniente y, por tanto, en partes iguales o desiguales, ya sea mediante legados o a través de donaciones. c) Fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos, y d) señalamiento y pago de legítimas. En la ejecución de la fiducia, el supérstite habrá de observar las instrucciones que, en su caso, haya establecido el ordenante. Aun en el supuesto de que éste no haya fijado ninguna previsión al respecto, el fiduciario habrá de respetar el límite legal que suponen las legítimas". Esta categorización la dio en 1972 CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 765.

[1157] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 121. DÍAZ TEIJEIRO, Carlos-María, *El sistema legitimario de Galicia*, obra cit., pp. 37: "el comisario puede desheredar a un hijo común si es que ha incurrido en causa de desheredación en relación con el comitente; que el hecho que motiva la desheredación debe haber tenido lugar tras la muerte del causante (…) que si el hecho que podría motivar la desheredación ya se había producido a la muerte del causante, y éste lo conocía, la no desheredación del descendiente responsable debe tenerse como perdón tácito, tratándose de una decisión que vincula al comisario".

[1158] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 612; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 114. CARBALLO FIDALGO, Marta. "Capítulo 49. La legítima en Galicia y Navarra", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 2148-21154. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo X. Derecho de sucesiones IV. Las legítimas", en José-Manuel

resulta perjudicada por los derechos legitimarios del viudo (art. 241 LDCGalicia), el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario, si concurriera con descendientes del causante, y de la mitad del mismo en otro caso (art. 253 y 254 LDCGalicia)[1159].

Debate la doctrina gallega si el diferimiento de la atribución sucesoria desde la muerte del causante que supone la sucesión por comisario es un gravamen sobre la legítima[1160]. Desde el punto de vista de la intangibilidad cuantitativa, tiene razón DÍAZ TEIJEIRO[1161] al echar de menos en la LDCGalicia una norma protectora de los legitimarios equivalente al art. 58 LDCV[1162].

En cuanto a si la muerte del causante abre la sucesión respecto de la legítima hay dos posiciones. En un extremo militan RIVAS MARTÍNEZ y DÍAZ TEIJEIRO[1163], quienes señalan como excepciones a la inviolabilidad de la legítima, el usufructo del cónyuge viudo (art. 241 LDCGalicia), la partición conjunta (art. 282 LDCGalicia); la mejora de labrar y poseer (art. 221.2 LDCGalicia); y el art. 199 LDCGalicia, referido al testamento por comisario". Más allá todavía apuntan DÍAZ MARTÍNEZ y PÉREZ ÁLVAREZ[1164] que el aplazamiento del llamamiento hasta la ejecución de la delegación o la muerte del comisario afecta también a la legítima de los descendientes no comunes.

---

Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9, pp. 411: Los legitimarios son meros acreedores, careciendo los mismos de acción real para reclamar su legítima, tal y como se recoge en el art. 249 LDCGalicia y podrán exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario. Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia. Si los quieren pedir un complemento de legítima (at. 247 LDCGalicia) se satisfará de acuerdo con las reglas del artículo anterior o bien acudir a un procedimiento declarativo, pero no pueden solicitar la división judicial de la herencia, al carecer de legitimación activa. En el mismo sentido SAP de Lugo, sec. 1ª, de 06-07-2017, que cita otras: SAP de A Coruña de 27-10-2016, la SAP de A Coruña de 17-04-2016, SAP de Pontevedra de 11-09-2015 o AAP de Ourense de 23-06-2016. También RDGRN de 02-08-2016.

[1159] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 1156. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo X. Derecho de sucesiones IV. Las legítimas", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 449.

[1160] En Bizkaia y Aragón la respuesta es que no. En Bizkaia, , ARZANEGUI SARRICOLEA SARRIKOLEA, Julián, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 126, GIMENO GÓMEZ LA FUENTE, Francisco-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio" en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 176 y FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 173.

[1161] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 93 y 142.

[1162] "Para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de deudas y cargas. Al valor líquido se le adicionará el de las donaciones computables entendiendo por tales todas aquellas en las que no medie apartamiento expreso o se efectúe a favor de quien no sea sucesor forzoso".

[1163] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 611. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 127.

[1164] DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. "Comentarios al artículo 282 LDCGalicia", en Natalia Álvarez Lata y Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia*. Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2008. ISBN 978-84-8355-711-2, pp. 1045 a 1047. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*,

En el otro grupo están ESPIÑEIRA SOTO y BUSTO LAGO[1165] quienes defienden que el art. 198 LDCGalicia, al ordenar respetar las legítimas en la sucesión por comisario gallega, y el art. 249 LDCGalicia sobre el plazo para reclamarlas, dejan sentada la cuestión de que sí se abre la sucesión legitimaria a la muerte del causante[1166]. Añaden como argumento a favor el derecho irrestricto a dividir la herencia (art. 1051 CC). En esto último coincide con CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1167], quienes, bajo el régimen de legítima estricta y mejora del CC de la Ley de 4/1995, entendieron que un plazo vitalicio vendría a constituir una especie de gravamen sobre las legítimas de los hijos comunes, por lo que cualquier legitimario podrá reclamar y habrá de abonársele su legítima, sin perjuicio de que la facultad del viudo subsista en orden a la distribución del resto de los bienes.

La pregunta necesaria subsiguiente es el destino de los legitimarios del causante que no son descendientes del comisario, quienes no están sujetos ni pueden estarlo al encargo de éste. Como en la fiducia del art. 831 CC su derecho a la legítima no sujeta a distribución por el comisario supone la inmediata apertura de la sucesión desde el óbito del *de cuius* a favor de los descendientes de éste, sean o no comunes o al comisario (art. 197 LDCGalicia, a sensu contrario). Efectivamente, a falta de norma que les obligue al diferimiento del pago de su legítima (art. 199 y 282 LDCGalicia) el art. 252 LDCGalicia ya les permite el ejercicio de las acciones de reclamación de legítima y de reducción de disposiciones inoficiosas desde el fallecimiento del causante hasta que prescribirán transcurridos quince años desde dicha fecha. BUSTO LAGO[1168] además, reonoce a los legitimarios perjudicados la posibilidad de rescisión de los actos del comisario en perjuicio de su legítima que otorga el supletorio art. 831.3 CC. Una solución alternativa, en mi opinión, a fin de que el comisario disponga de un amplio plazo para cumplir con su cometido, podría ser la apuntada por CERDÁ GIMENO[1169] para la regulación civil de Ibiza y Formentera, consistente en que mientras no se conozca quiénes van a ser los herederos, hay que entender que no se puede iniciar el cómputo de la acción para exigir el pago de las legítimas. Esto sucede, no porque haya una legítima colectiva de libre distribución, pues en Ibiza y Formentera es individual (art. 79 CDCB, como en el art. 243 LDCGalicia), sino porque el heredero es el obligado al pago de las legítimas (art. 81 CDCB, como en el art. 250 LDCGalicia) y está indeterminado. Pues mientras el citado art. 250 LDCGalicia obliga al heredero[1170] a

---

obra cit., pp. 49. Así lo entiende pero no lo comparte. Cree que la Ley debería permitir a los hijos no comunes reclamar su legítima desde la apertura de la sucesión.

[1165] ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada. "Reflexión práctica sobre las siguientes cuestiones que suscita el artículo 831 CC". Recuperado de https://www.notariosyregistradores.com, 2016, pp. 16. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 401.

[1166] En Derecho común tal es la tendencia: SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015; STS, Sala 1ª, 24-05-2019, RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1584, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 942 y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona*, obra cit., pp. 20.

[1167] 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. 153.

[1168] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 397.

[1169] CERDÁ JIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1387.

[1170] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 456.

"pagar las legítimas o su complemento" y el art. 248 del mismo texto legal simplemente faculta a su pago al "comisario o contador-partidor así como el testamentero facultado para ello".

Podría traerse a colación la idea apuntada por RUEDA ESTEBAN[1171] sobre la expresión del art. 831.4 CC "Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido". Según dicho autor ello permite al delegado hacer atribuciones al hijo no común para salvar su preterición y por tanto la eficacia de lo dispuesto por el delegado. El art. 199 LDCGalicia es muy similar: "Además de las legítimas, en el ejercicio de la facultad testatoria el comisario habrá de respetar las disposiciones del cónyuge atribuyente".

Asimismo, se plantea la doctrina si la fijación, señalamiento y pago de legítimas es un acto de ordenación sucesoria o de mera partición[1172], cuestión de menor importancia, en mi opinión, dado que el comisario puede ordenar plenamente la distribución de los bienes privativos del causante, incluso bienes de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada (cfr. art. 200.2 LDCGalicia)[1173], inclusive el pago en metálico de la legítima con bienes propios (art. 282 LDCGalicia) pero no con los de los herederos (art. 248 LDCGalicia)[1174], de modo similar al art. 831 CC.

Por fin, DÍAZ TEIJEIRO y PÉREZ ÁLVAREZ[1175] entienden que el comisario puede desheredar al hijo o descendiente que resulte responsable de la conducta a que se refiere el artículo 756.4ª CC y lo mismo cabe afirmar respecto de alguna de las conductas previstas en los artículos 756,6ª y 713 CC, que pueden realizarse tras la muerte del causante.

4.2.3. El respeto a las concretas instrucciones dadas por el causante (art. 198 LDCGalicia). Según CARBALLO FIDALGO[1176] pueden ser previas a la concesión de la facultad testatoria, con lo que no vemos inconveniente para que sean posteriores. Y

---

[1171] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, Rueda Esteban, José-Luis. "Capítulo 4.Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil". En Víctor Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8, pp.1342

[1172] 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. 154: a propósito del art. 141 LDCGalicia de 1995 (idéntico a la redacción de 1981 del art. 831 CC) que "Admitida anteriormente la posibilidad de distribución desigual, esa desigualdad supone, mas que un reparto, una auténtica disposición; además, si el testador no instituye herederos, la distribución que haga el viudo entre los hijos comunes puede entenderse como facultad institutiva, atribuyéndoles los bienes vía herencia, vía legado".

[1173] Que se imputarán por mitad en los respectivos patrimonios (privativos), obviamente lo imputado al comisario a título de donación entre vivos y al causante a cuenta de sucesión.

[1174] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit. 397 y CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 17.

[1175] DÍAZ TEIJEIRO, Carlos-María, *El sistema legitimario de Galicia*, obra cit., pp. 38. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 119.

[1176] Ibídem.

según la doctrina[1177] bajo pena de invalidez de lo ejecutado de contravenir el fiduciario aquéllas.

*4.3. Requisitos formales.* Conforme al art. 197 LDCGalicia cabe nombrar comisario por medio de testamento o de capitulaciones matrimoniales, y sólo así[1178], modos de nombramientos, por tanto, algo más amplios que los previstos en el art. 831 CC y en línea con otros ordenamientos civiles autonómicos (p.ej., art. 442 CDCFAragón, ley 281 CDCFNavarra, art. 31 LDCV).

4.3.1. Testamento. Mientras la Ley de 1995 exigía siempre testamento abierto, conforme a su art. 136, que distinguía las modalidades de éste último entre "individual, mancomunado y por comisario" (BUSTO LAGO)[1179], el citado art. 197 LDCGalicia no lo hace, luego valdrán las formas de testamento abierto (art. 183LDCGalicia), mancomunado (art. 187 LDCGalicia) y las formas testamentarias de Derecho civil común (art. 676 y ss. CC), incluido el ológrafo[1180].

4.3.2. Capitulaciones matrimoniales. El art. 174 LDCGalicia tiene la misma regulación abierta que el art. 197 del mismo texto legal al disponer "Las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley".

**5. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por comisario.**

*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.* Tanto el art. 200.1.1º LDCGalicia, al determinar que las adjudicaciones inter vivos transmiten la propiedad y posesión de los bienes por la aceptación, como el art. 201.1 LDCGalicia ("En tanto el cónyuge no ejercite la facultad testatoria se entenderá que la herencia del fallecido está bajo su administración"), implican que la herencia del causante está sujeta a una yacencia, o situación de expectativa hasta el ejercicio de las facultades sucesorias delegadas[1181].

*5.2. Formación de inventario.* Para BUSTO LAGO[1182] los legitimarios pueden exigir del comisario la formalización de inventario de la herencia del causante, con

[1177] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 78.
[1178] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 28; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 81; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 611.
[1179] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 146.
[1180] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 28; 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. 146; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 611.
[1181] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 398. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 44 y 46.
[1182] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 400.

valoración de los bienes que integran y su protocolización ante notario conforme al art. 249.2 de la LDCGalicia. En mi opinión esa obligación también cabe deducirla de los ap. 2 y 3 del art. 200 LDCGalicia que le permite al comisario pagar las deudas y cargas de la herencia, puesto que si ha de pagarlas, previamente habrá de determinarse su concepto y valor de algún modo, esto es, han de ser inventariadas al efecto. Asimismo, llegamos a la misma conclusión por el deber de rendición final de cuentas del comisario (art. 201 LDCGalicia). Y ello porque se precisará de un inventario inicial espejo, del que partir. El causante puede eximir al viudo usufructuario, como tal, de hacer inventario (art. 231 LDCGalicia) pero no al comisario (art. 249.2 LDCGalicia)[1183].

*5.3. Administración y representación.* Dispone el art. 201 LDCGalicia que "1. En tanto el cónyuge no ejercite la facultad testatoria se entenderá que la herencia del fallecido está bajo su administración"[1184]. El análisis de dicho precepto suscita varias cuestiones:

Parece que el causante puede privar al comisario de estas facultades de administración ("se entenderá[1185]"), en cuyo caso debería nombrar un albacea. Si el viudo no es usufructuario, y como comisario se le priva de la administración y tampoco hay albacea, BUSTO LAGO[1186] entiende que la administración les corresponderá a los sucesores presuntos. Pero mientras dicho autor entienden que no es posible determinar el régimen de mayorías, por lo que deberían nombrar un administrador, CARBALLO FIDALGO[1187] entiende se conforman las mayorías de acuerdo con la que sería la participación *ab intestato* de cada heredero.

[1183] SAP de A Coruña, sec. 3ª, de 18-10-2019 sobre el art. 249.2 LDCGalicia "Ese inventario no es el definitivo de la herencia, sino que debe ponerse en relación con el artículo 244.1, sino que tiene una finalidad de salvaguarda del derecho del legitimario. A petición de este, se obliga al heredero - aunque puede hacerlo a iniciativa propia- a inventariar y valorar los bienes de la herencia como forma de protección del derecho del legitimario, en compensación a considerarlo un mero acreedor de derecho personal, y sin facultad de intervención en la partición. No es un cuaderno particional, ni un justificante de la transmisión patrimonial". Según la RDGRN de 02-08-2016. El inventario es un nuevo requisito de la Ley 2/2006, que deja en manos del legitimario el que se realice o no. Esta solicitud obedece a dos razones: la necesidad de conocer el todo del que se detraerá la legítima y la conveniencia de evitar la confusión del patrimonio relicto con el propio del heredero. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 615, entiende dispensable la obligación de rendir cuentas.

[1184] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 17, pone de manifiesto la otra opción que barajaron Doctrina y Ponencia de reforma de la Ley de 1995, atribuir la administración y representación a los beneficiarios de la fiducia, esto es, los hijos y descendientes comunes, con sujeción a las normas de administración de la comunidad hereditaria, conformándose las mayorías de acuerdo con la que sería la participación ab intestato de cada heredero.

[1185] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 613; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 134, interpreta este "se entenderá" como una mera administración de hecho al viudo que puede ser sobrepasada por la administración judicial prevista en los art. 795 y ss. LEC, lo que entiendo que no procede, ni porque no se dan los presupuestos de herencia pendiente de partición o herencia sin testamento, como de la exclusión en general del art. 782 LEC cuando hay comisario. El "se entenderá" quiere decir que es una norma dispositiva.

[1186] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 401.

[1187] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 17.

CARBALLO FIDALGO[1188] objeta que es erróneo limitar la administración de la herencia por el viudo hasta que éste ejercite las facultades atribuidas, pues tal aserto será válido para los supuestos de ejercicio de la fiducia en acto *inter vivos*, pero totalmente inconveniente cuando el comisario opte por ejercerla en testamento. En tal caso, la delación de la herencia no se producirá sino tras su muerte, continuando hasta tal momento vacante y, en consecuencia, necesitada de administración.

Las facultades de administración del art. 201.2 LDCGalicia[1189] las entiendo meramente ejemplificativas, lo mismo que las de los art. 233[1190] y 234[1191] LDCGalicia e intercambiables con las previstas en éstos[1192].

*5.4. Actos de disposición.*

5.4.1. Configuración legal. Mientras el comisario ordinario sólo puede disponer del dinero en metálico o en depósitos para pagar deudas y cargas de la herencia (art. 200.2 LDCGalicia), el art. 233.2º LDCGalicia permite al comisario-usufructuario facultades dispositivas del patrimonio hereditario sobre metálico, depósitos bancarios, mobiliario ordinario y semovientes, para pagar deudas. Y sobre los dos últimos grupos de bienes por mera conveniencia, con obligación de reposición. Cualquier otro acto de disposición precisará del consentimiento de los nudo propietarios (lo que puede interpretarse como que, o bien supone un ejercicio parcial del poder a favor de éstos, o que basta la autorización de los legitimarios más próximos en grado[1193]) o autorización judicial.

5.4.2. Posibilidad de facultades dispositivas plenas. Entiendo posible, que el causante autorice al comisario para disponer según libre apreciación del sujeto sin

---

[1188] Ibídem.

[1189] Art. 201.2 LDCGalicia: "El comisario podrá realizar actos de administración y pagar tanto las deudas de la herencia o las que origine la apertura de la sucesión como los gastos de enterramiento y funeral. A tal fin, el comisario podrá disponer del metálico hereditario que estuviera en su poder o depositado en entidad de crédito a nombre del causante".

[1190] Art. 233 2 LDCGalicia: "Además de las facultades que incumben a todo usufructuario, el cónyuge que lo fuera por la totalidad de la herencia está facultado para: 1.º Pagar los gastos de última enfermedad, enterramiento, funerales y sufragios del cónyuge premuerto, con cargo a la herencia. 2.º Pagar las deudas exigibles del causante con metálico de la herencia. Si no hubiera dinero o este no fuera suficiente, el usufructuario podrá enajenar semovientes, arbolado o mobiliario ordinario en la cuantía precisa. Para la enajenación de cualquier otro bien con la finalidad de pagar las deudas del causante será necesario el consentimiento de los propietarios sin usufructo o, en otro caso, la autorización judicial. 3.º Cobrar créditos de la herencia, aun cuando no se prestara fianza. 4.º Enajenar el mobiliario y los semovientes que considere necesarios, de acuerdo con una buena administración, debiendo reponerlos en cuanto sea posible conforme al mismo criterio. 5.º Realizar las talas de árboles maderables, incluso por el pie, y hacer suyo el producto de las mismas, siempre que sean adecuadas a una normal explotación forestal. 6.º Realizar mejoras no suntuarias con cargo a la herencia. 7.º Explotar las minas según su reglamento jurídico".

[1191] Art. 234 2 LDCGalicia: "La persona referida en los artículos anteriores habrá de: 1.º Cumplir las obligaciones que expresamente le impusiera el causante. 2.º Administrar los bienes objeto del usufructo con la diligencia propia de un buen padre o madre de familia. 3.º Prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes que lo precisen. 4.º Defender, a su costa, la posesión de los bienes".

[1192] En tal sentido PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 135 y 136. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp.614.

[1193] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 138. Nótese la similitud con el art. 43.3 LDCV y el art. 453 CDFAragón.

condición ni limitación alguna, caso permitido para el usufructuario, usufructuario con facultad de disponer que, ante la presencia de una legítima "pars valoris" tiene más fácil disponer de los bienes según su leal saber y entender[1194]. Igualmente es un caso permitido para el albacea, con la diferencia que éste no debe destinar el producto de las enajenaciones de bienes de la herencia al sustento propio[1195].

*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal*[1196]. La liquidación de la sociedad conyugal era considerada tradicionalmente previa y necesaria para determinar el caudal hereditario del causante[1197]. El viudo y el contador partidor podrán hacer la partición de la sociedad conyugal (art. 293 LDCGalicia), lo mismo que el viudo podrá llevarla acabo si concurre con los herederos (art. 293 LDCGalicia)[1198]. El novedoso art. 200.2 LDCGalicia permite, asimismo, al comisario atribuir a los sucesores bienes que integran la comunidad postganancial sin necesidad de liquidación a los efectos de precisar su

[1194] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 432 entiende que LDCGalicia permite al causante otorgar facultades dispositivas al usufructuario que excedan las de su art. 233. En general el testador permite al usufructuario enajenar bienes de la herencia para caso de necesidad, para su sustento, de modo que la confianza del testador en la honorabilidad y buena fe del usufructuario beneficiado legitima a éste para realizar actos de enajenación. Pero es permitido que el nudo propietario impugne la disposición hecha con mala fe o simulando una necesidad inexistente, a decir de la STS, Sala 1ª, de 09-10-1986; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XII, vol. 2º, obra cit., pp. 215; LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de Sucesiones*, Vol. 2.2ª parte. Universidad de Deusto, Bilbao, 1990. ISBN 84-7485-189-0, pp. 740. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 289, si bien apunta "…debe entenderse que el, testador ha confiado en la honorabilidad y buena fe del beneficiado, el cual podrá realizar actos de enajenación sin que pueda serle exigida la prueba de tal necesidad, ya que ello supondría imponerle una restricción con la que el testador no ha querido gravarle. Lo cual no significa ciertamente que las enajenaciones por él realizadas no puedan-ser objeto de impugnación cuando se consideren abusivas, hechas de mala fe, o simulando una necesidad inexistente (…) En este supuesto de concederse la facultad de disponer sólo para caso de necesidad, es defendible la adscripción al caudal relicto de la parte de precio de los bienes vendidos no aplicada a satisfacer las necesidades del usufructuario". Para RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 73 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS BALLESTERO, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones*, obra cit., pp. 410 se permite la enajenación dejada a libre voluntad del usufructuario y sin alegación de necesidad alguna, e incluso (muy raramente) la disposición por título gratuito. Cfr. la Ley 152 del Fuero de Navarra.

[1195] La LDCGalicia no regula el albacea, luego iremos al subsidiario Derecho civil común (art. 4.3 CC y art. 1.3 LDCGalicia). Señalan ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, obra cit., pp. 199; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de Sucesiones, Vol 2*, obra cit., pp. 782 que además de las facultades de enajenación de los art. 902 y 903 CC, puede el testador autorizar al albacea para la enajenación de bienes (art. 901 CC) por motivos diferentes al de la necesidad de pagar los legados y el funeral, si bien ha de ser siempre para hacer efectiva la sucesión y cumplir el testamento, siendo el principal problema la existencia de legitimarios "pars bonorum" que deberían consentir la enajenación, como puso de manifiesto para el Derecho común la RDGN de 19-07-1952. Siendo la legítima del Derecho civil gallego "pars valoris", y estando el contador partidor (cargo no idéntico al del albacea pero que generalmente se acumula) autorizado para su pago en metálico (art. 248 LDCGalicia) los obstáculos se diluyen. Es más, al exigir este precepto que corresponderá en exclusiva a los herederos la opción de pagar la legítima en metálico extrahereditario, o sea, de su bolsillo, se está invitando al causante a autorizar al comisario a que pueda disponer de los bienes hereditarios.

[1196] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 81, extiende la posibilidad de disponer bienes privativos y conyugales del causante bajo régimen de separación de bienes y bajo cualquier tipo de comunidad de bienes aunque no sea de gananciales.

[1197] Cfr., SAP de A Coruña, sec. 5ª, de 14-09-2016.

[1198] Ibídem.

haber y proceder a su división[1199], de manera similar al Derecho civil común, el de Aragón el Derecho civil vasco.

CORA GUERRERO/GIL CABALLERO y BUSTO LAGO[1200], entienden que el viudo no puede por sí solo hacer la liquidación debido a la existencia de claros intereses contrapuestos entre él y los herederos del premuerto, y, en consecuencia, deberán concurrir uno y otros, todos por tanto, a dicha liquidación de la sociedad conyugal, o proceder a la división judicial (art. 803 y ss. LEC). Quizás como dice BUSTO LAGO en dicha cita, es razonable pensar que el comisario pueda prescindir de la previa liquidación de la sociedad ganancial para ejecutar su cometido[1201], pero no así cuando existen descendientes legitimarios no comunes. En este caso normalmente no suele haber mucha amistad entre el viudo padrastro y estos últimos, luego el recurso al contador-partidor se antoja más que interesante, acaso imprescindible. ESPIÑEIRA SOTO[1202], cree por el contrario que el art. 200.1.1º LDCGalicia permite la liquidación unilateral de los gananciales por el fiduciario viudo.

### 6. Ordenación de la sucesión por el comisario.

#### *6.1. Requisitos.*

6.1.1. Requisitos subjetivos. El acto de ejecución no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad libremente emitida[1203]. El acto de ejecución será unilateral cuando no requiera el consentimiento de los beneficiarios (p.ej. testamento y partija "mortis causa") o bilateral si lo precisa (v. gr. donación).

6.1.2. Requisitos objetivos. El silencio de la Ley de 1995 dio a entender a CARBALLO FIDALGO[1204] que la materialización del encargo por el comisario podía tener lugar por testamento, contrato sucesorio y acto unilateral "inter vivos" (único y

---

[1199] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 87, cuando el cónyuge viudo pretenda la adjudicación a su favor de bienes integrados en la comunidad postganancial o cuando el cónyuge viudo pretenda ordenar su sucesión disponiendo de bienes concretos de la comunidad a favor de quienes no tuvieran la condición de descendientes comunes. Pero tales conclusiones pueden decaer a la luz de la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015 que autorizó al viudo delegado del art. 831 CC a partir la sociedad conyugal unilateralmente.

[1200] 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. 154. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 398.

[1201] En contra, la SAP de A Coruña, sec. 5ª, de 14-09-2016.

[1202] ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, "Reflexión práctica sobre las siguientes cuestiones que suscita el artículo 831 CC", obra cit., pp. 16. A favor de la partición unilateral por el viudo, la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015, en aplicación del art. 831 CC, similar en las facultades otorgadas al art. 200.1.1º LDCGalicia. La misma, permite la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales porque autoriza la atribución de bienes de la herencia y gananciales sin liquidar la sociedad y porque el fiduciario excede en sus funciones las del contador partidor. En dicha sentencia, además, el testador había autorizado expresamente al efecto al fiduciario-viudo, precaución que, por lo tanto habría de adoptarse en su nombramiento.

[1203] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 59, 122 y 123: "la LDCGalicia –al igual que el Código civil- ha suprimido cualquier referencia a la "prudencia".

[1204] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 15.

total, o parciales y sucesivos). Con la nueva regulación vigente así lo entiende toda la doctrina[1205] ex art. 200.1 LDCGalicia. PÉREZ ÁLVAREZ[1206] estima que (al contrario que en el art. 831 CC) la legítima de los hijos y descendientes del causante que no lo fueren del comisario podrá ser satisfecha con bienes de este último sólo cuando la ejecución por éste conllevara el reparto de los propios bienes y de los del premuerto (art. 282 LDCGalicia).

6.1.3. Requisitos formales. El art. 200.1 LDCGalicia[1207], distingue entre a) "acto particional inter vivos, total o parcial, determinando el título por el que los bienes se atribuyen, lo que permite una pluralidad de títulos tales como donación o título *ad hoc*[1208]. Y b), por actos mortis causa, "sea en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante o sea en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes". c) ¿Se excluyen todos los pactos sucesorios? Sí, según BUSTO LAGO[1209] porque "Resulta improcedente canalizar la ordenación del destino de la herencia del atribuyente por el comisario, que es irrevocable y que produce efectos inmediatos, mediante un acto bilateral como son los pactos sucesorios". Creo que esa no es la respuesta ni la pregunta[1210]. PÉREZ ÁLVAREZ[1211] se posiciona favor de los

[1205] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 93; 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. 153; BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 402; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, Dykinson 2009, obra cit., pp. 612.

[1206] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 112. "En la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes. En este caso, no podrán reclamarse las legítimas hasta el fallecimiento del último de los cónyuges".

[1207] Nótese la influencia de SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30, quien resume sus trabajos anteriores señalando conforme al art. 831 CC cabe: a) testar en el propio testamento del fiduciario sin hacer asignación de cuotas ni de bienes; testar asignando cuotas pero no bienes y hacer un testamento-partición ; b) otorgar donación, en cuyo caso se me plantea la posibilidad de su revocación en cuanto a la facultad de mejorar (art. 827 CC); d) donación-partición ésta irrevocable, por cuanto que consta el consentimiento de los donatarios, porque la mera partición por el fiduciario es revocable. e) capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso la mejora sería irrevocable, a mi entender (art. 827 CC). f) partición "mortis causa" que es la que otorga el fiduciario ex art. 1056 CC como colofón del testamento que otorga en ejecución de la fiducia.

[1208] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 98, exige a los negocios entre vivos ex art. 200.1 LDCGalicia que el comisario habrá de precisar el título por el que los bienes se atribuyen, la procedencia de los bienes, el título de la atribución y la causa del mismo por la notable relevancia ulterior a efectos del ejercicio de las acción de suplemento o reducción de disposiciones inoficiosas ex arts. 247 y 251 LDCGalicia.

[1209] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 403.

[1210] Si es procedente regular la propia sucesión por ordenación otorgada personalmente por el causante mediante pacto, sea "inter vivos" o "mortis causa", también será procedente que use el mismo medio su comisario. Otra cosa es que la literalidad del art. 200.1 LDCGalicia parece excluir a los pactos sucesorios con eficacia *post mortem* pero no a los pactos sucesorios de presente (art. 215 LDCGalicia) como vía de ejecución de la fiducia. Creo que en lo que están pensando estos autores es en excluir todo tipo de alusión a la teoría de la sucesión por comisario como un fenómeno de apoderamiento, en este último caso el otorgamiento del acto de ejecución ("inter vivos" o "mortis causa") deviene irrevocable porque es como si lo hubiera otorgado el causante en vida. Si el fundamento de la institución es una facultad propia de disponer de un patrimonio ajeno con ocasión de la muerte de su titular (cfr. cita anterior y SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017), entonces la disposición testamentaria es esencialmente revocable mientras no muera el comisario y la entre vivos irrevocable pero por la pura eficacia del acto concreto. Y

pactos sucesorios como mecanismo de ejecución del comisario por la amplitud del art. 197 LDCGalicia, al permitir "determinar el título por el que se recibirán", que las únicas limitaciones expresas al comisario son las legítimas y las instrucciones del causante (art. 198 LDCGalicia) y el principio de equiparación de la ordenación hecha por el comisario a la del causante. Mi opinión es que el art. 200 LDCGalicia sí permite la ordenación de la sucesión por comisario a través de pacto sucesorio "inter vivos"[1212] (ap. 1) y no lo permite por pactos sucesorios "mortis causa" (ap.2).

*6.2. Efectos.*

6.2.1. Revocabilidad: a) La ejecución por actos mortis causa es revocable (art. 200.1.2º LDCGalicia) y la hecha por actos entre vivos irrevocable, sin perjuicio, como dice PÉREZ ÁLVAREZ[1213] de las causas de extinción del art. 218 LDCGalicia o cualquier otra causa de ineficacia, como vicios de la voluntad en el negocio atributivo o revocación de donaciones por incumplimiento de cargas. b) Las adjudicaciones realizadas por el comisario en virtud de actos entre vivos son irrevocables (art. 200.1.1º LDCGalicia).

6.2.2. Transmisión. La transmisión de la propiedad y posesión, prosigue el anterior precepto, se produce en el momento en que recaiga la aceptación del hijo o del descendiente beneficiado, posesión que de ordinario debería retener el comisario usufructuario al reservarse su derecho.

A falta de una norma como la del art. 17 LDCV,o el art. 448.2 CDFA, para CORA GUERRERO/GIL CABALLERO y PÉREZ ÁLVAREZ[1214] tal precepto supone una retroacción de la posesión a la muerte del causante, la atribución de la posesión civilísima, ex art. 440 del CC.

Se opuso CARBALLO FIDALGO[1215] para quien la retroacción de los efectos de la ejecución de la fiducia sus efectos al momento de la muerte del causante es el efecto característico de la tesis de aquélla como otorgamiento de testamento en representación

---

llegamos a la otra cuestión, que eluden, si el pacto sucesorio es un acto personalísimo como el testamento o no, cuestión no resuelta por la LDCGalicia. Si el comisario pudiera otorgar pacto sucesorio sobre la sucesión del causante, la única explicación posible sería que el comisario es su representante. Y creo que para evitar implícitamente esta conclusión rechaza que el comisario pueda otorgarlo.

[1211] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 102.

[1212] Máxime cuando el art. 195 Ley 1995 daba al pacto de mejora carácter personalísimo que ya no le confiere la actual LDCGalicia, cuyo art. 212 entiende admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio.

[1213] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 97.

[1214] 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. 402. La misma conclusión sobre el art. 831 CC, MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 1002. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 45 y 46.

[1215] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 16. Implícitamente, también según la SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017.

del difunto, que niega. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ TEIJEIRO[1216] Esto es, los herederos no adquirirán la propiedad de los bienes que les hayan sido adjudicados hasta que se produzca el fallecimiento del cónyuge supérstite. Pues bien, ex artículo 282 LDCGalicia, esta dilación de la eficacia de la partición conjunta hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite, afectará a los legitimarios que sean descendientes comunes a ambos cónyuges.

Y concluye PÉREZ ÁLVAREZ[1217], que las adjudicaciones no conllevan *ex lege* ni la pérdida de la condición de comisario (el cónyuge supérstite podrá hacer otras atribuciones parciales inter vivos o mortis causa), ni del usufructo sobre los bienes que no hubieran sido objeto del acto de adjudicación. E inclusoreservarse el usufructo, asignando sólo la nuda propiedad.

*6.3. Posibilidad de repesca.* Sólo CARBALLO FIDALGO[1218] ha manifestado la posibilidad de reiteración de los llamamientos cuando los realizados en primer término resulten por cualquier causa ineficaces, lo que, en mi opinión, es más coherente con la voluntad del causante de que su sucesión se rija en primer lugar por lo que ordene el comisario y que no se abra la sucesión intestada.

**7. Extinción de la ordenación de la sucesión por comisario.**

*7.1. Causas de extinción.* Como quiera que la delegación sucesoria puede otorgarse en una pluralidad de títulos, el art. 202 LDCGalicia, por el principio "favor negotii", se limita a establecer los supuestos en que "La facultad testatoria quedará sin efecto", a saber, por "1.º La presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio. 2.º La separación de hecho de los cónyuges que conste de modo fehaciente. 3.º Salvo dispensa del atribuyente, nuevo matrimonio del viudo o viuda celebrado antes de ejercitar la facultad testatoria. 2. Asimismo, la facultad testatoria quedará revocada por el testamento que otorgara con posterioridad el cónyuge que la hubiera atribuido".

Fuera de dicho precepto, hay supuestos de extinción de la sucesión por comisario carecen de previsión en la LDCGalicia y podrían ser considerados como tales. Así, p.ej., indignidad, hijo no matrimonial del fiduciario, vida marital del viudo[1219], conflictos de intereses o mala conducta del comisario[1220]. Analicémoslas:

---

[1216] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 93 y 142.

[1217] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 80: las adjudicaciones no conllevan *ex lege* ni la pérdida de la condición de comisario (el cónyuge supérstite podrá hacer otras atribuciones parciales inter vivos o mortis causa), ni del usufructo sobre los bienes que no hubieran sido objeto del acto de adjudicación. E incluso, pp. 97, reservarse el usufructo, asignando sólo la nuda propiedad.

[1218] Ibídem.

[1219] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396, "Sin embargo, como es únicamente el estado civil del viudo el que se tiene en cuenta en orden a mantener o perder la titularidad de las facultades a que aluden los arts. 197 y concordantes de la LDCGalicia, se da la paradoja de que el hecho de que el viudo conviva *more uxorio* con otra persona -reuniendo, o no, los requisitos de la D.A. 3ª de la LDCGalicia- no determina aquélla consecuencia, siendo un supuesto éste en el que a todas luces concurren las mismas razones que justifican ésta. Es cierto que la asimilación resultante de la D.A. 3ª de la LDCGalicia permitiría fundar la aplicación de una solución diversa, pero también lo es que citando el legislador gallego de 2006 ha querido dotar expresamente de eficacia a la convivencia marital,

7.1.1. La presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Esta causa está fundada en la pérdida de la confianza entre cónyuges[1221], de ahí, que como en la LDCV, se adelante la extinción a la mera presentación de tales demanda, no siendo preciso, siquiera, su admisión a trámite. Pero ¿puede el causante enervar estas causas de extinción del poder sucesorio por crisis matrimonial?[1222].

A sensu contrario de la D.Aª.3ª.1 LDCGalicia, la disolución de la pareja de hecho antes de la muerte del causante supone la extinción del cargo del comisario[1223].

7.1.2. La separación de hecho de los cónyuges que conste de modo fehaciente[1224]. Causa también fundada en la pérdida de confianza y en el implícito

---

equiparando sus efectos con el matrimonio, lo ha hecho expresamente, como se pone de manifiesto si se trae a colación el elenco de causas de extinción del usufructo del cónyuge viudo y, en particular, la enunciada en el núm. 2º del párrafo lº del art. 236 de la LDCGalicia, a tenor del cual, el usufructo del cónyuge viudo se extingue, entre otras causas, por "contraer la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona".

[1220] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396: "No resulta aplicable a la extinción de la atribución de la potestad testatoria la cláusula contemplada en el número 2º del art. 237 de la LDCGalicia como causa de extinción del usufructo vidual: el grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares".

[1221] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 14; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 34; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 610.

[1222] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 616 a favor. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 35, entiende que no, que es una norma imperativa, que sólo contrayendo de nuevo matrimonio y nuevo poder testatorio cabría la figura. Entiendo que tampoco porque: a) el art. 202.1 LDCGalicia usa un término imperativo "quedará sin efecto" que sólo exceptúa, en el sub apartado 3, "Salvo dispensa del atribuyente, nuevo matrimonio del viudo o viuda celebrado antes de ejercitar la facultad testatoria". b) para los que consideramos que estamos en presencia de un poder testatorio, el art. 102.2 CC, de directa aplicación en toda España afirma que admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, la revocación los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. El último párrafo del art. 102.2 del C.c. permite pacto contrario a que cese la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, luego no se permite ese pacto respecto de los otros extremos del mismo precepto.

[1223] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 74.

[1224] Creo que la regulación sigue la redacción dada por la Ley de 13-05-2001 estatal a los art. 834 y 945 CC y la jurisprudencia sobre la separación de hecho recaída hasta la modificación del Código civil por la Ley 15/2005, máxime cuando el inspirador art. 531.1 CDFAragón sólo enerva el derecho del viudo caso de separación de hecho cuando "se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente". Conforme a la SAP de Baleares, sec. 3ª, de 23-02-2012 "lo exigido por el precepto es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges". Y según el AAP de Valencia, sec. 6ª, de 17-04-2002, que cita de la SAP de Burgos, sec. 3ª, de 26-01-2001: "Por fehaciente ha de considerarse lo que hace prueba por sí mismo, con tal fuerza y capacidad de convicción que excluye cualquier duda o razonamiento contrario, lo que puede predicarse tanto de un documento público respecto de lo que en ese documento se dice, de un reconocimiento judicial respecto de lo que es objeto de reconocimiento, o de una prueba testifical cuando son concordes todos los testimonios de los testigos". En parecidos términos la SAP de La Coruña, sec. 4ª, de 16-11-2000.

requisito de la convivencia entre cónyuges como fundamento de la sucesión por comisario a decir de PÉREZ ÁLVAREZ y CARBALLO FIDALGO[1225].

7.1.3. Nuevo matrimonio del viudo o viuda celebrado antes de ejercitar la facultad testatoria, salvo dispensa del atribuyente. Critican CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1226] que "Si la razón de la sanción es el temor de que el nuevo matrimonio influya en el nombrado a la hora de ejercitar la delegación, igual fundamento hay para temer que eso pueda ocurrir en caso de que el nombrado observe una relación análoga a la conyugal". Según CARBALLO FIDALGO[1227] la Ponencia Sexta de los trabajos antecedentes a la Ley de 2006 previó que la dispensa por el atribuyente de la eficacia invalidante del nuevo matrimonio y también de la extinción de la facultad testatoria por una «situación de hecho asimilable». De ahí podemos deducir, en mi opinión, que si el legislador no incluyó la nueva convivencia "more uxorio" como causa de extinción del cargo de comisario es porque no lo quiso así. Sin embargo de la D.A.3ª LDCGalicia se puede deducir que la constitución de una nueva pareja de hecho estable por el comisario dejará sin efecto dicha facultad testatoria delegada[1228].

7.1.4. Revocación (art. 202.2 LDCGalicia). La facultad testatoria quedará revocada por el testamento que otorgara con posterioridad el cónyuge que la hubiera atribuido, lo que para la doctrina implica que también puede dejarse sin efecto la delegación hecha en capitulaciones matrimoniales[1229]. Se critica que la literalidad parece otorgar eficacia revocatoria del cargo a todo tipo de acto de disposición sucesoria posterior, cualquiera que sea su forma y contenido, algo excesivo de modo que una

[1225] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 35. CARBALLO FIDALGO, Marta. "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 7.

[1226] 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. 149.

[1227] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 14.

[1228] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 74.

[1229] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 15, defendió bajo la regulación de 1995 ell carácter irrevocable el otorgado en capitulaciones matrimoniales por su carácter contractual. 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. 147, entienden que cabe la revocación tanto por testamento, cuanto en capitulaciones, que para estos efectos entienden cabe la revocación unilateral. Sobre la revocación por testamento entienden que debe flexibilizarse el entendimiento de la automática revocación de la delegación por otro testamento posterior si éste no contiene revocación expresa. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 394, después de recordar la revocabilidad absoluta del nombramiento en testamento, manifiestan que no se puede revocar propiamente el nombramiento en capitulaciones, pero se puede dejar sin efecto mediante el otorgamiento de un testamento posterior que lo deje sin efecto. Parece que esta fue la postura asumida por el art. 202.2 LDCGalicia. No así el entendimiento de estos últimos autores de que un testamento anterior a las capitulaciones matrimoniales que se contengan la designación de comisario, vacía a éstas de contenido sucesorio, salvo que traten la partija de la herencia.

interpretación, presidida por la preeminencia de la voluntad del causante, ha de decantarse por su subsistencia[1230].

7.1.5. Conclusión del plazo establecido. Frente al límite, dispositivo, de un año del art. 143 Ley 4/1995, el art. 199 LDCGalicia establece una institución vitalicia por defecto. Coincidimos con la doctrina[1231] que no hay plazo que obligue al causante, quien puede fijar el que quiera. Plazo de caducidad según CARBALLO FIDALGO, PÉREZ ÁLVAREZ[1232] y la SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017, lo que determina la ineficacia de lo ejecutado pasado el mismo.

7.1.6. Muerte, imposibilidad o incapacidad del comisario[1233]. Tras la derogación por la Ley 8/2021 de la incapacitación, ante la falta de regulación autonómica propia, nos remitimos a las conclusiones que sobre la adaptación de los antiguos supuestos de incapacidad vertimos al analizar la LDCV.

7.1.7. Renuncia del comisario [1234].

7.1.8. Por el cumplimiento de las causas establecidas en el documento de constitución de la sucesión por comisario[1235].

7.1.9. Indignidad y mala conducta del comisario. Para LAGO, ÁLVAREZ y PEÑA[1236] no resultan de aplicación al cargo de fiduciario todas las causas de extinción del usufructo viudal (art. 230[1237] y 237[1238] LDCGalicia), concretamente la del

---

[1230] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 17. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 92. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 616, en contra.

[1231] 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. 153; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 611.

[1232] CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 16. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 132.

[1233] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 77, 78 y 143. Entiende que el incapacitado judicialmente no puede ejecutar el poder testatorio en su propio testamento ni aun con las prevenciones de los art. 685, 696 y 707 CC. Obviamente, quienes consideren el cargo de comisario personalísimo deberían entender que se extingue con la muerte.

[1234] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 72.

[1235] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 144.

[1236] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396: "No resulta aplicable a la extinción de la atribución de la potestad testatoria la cláusula contemplada en el número 2º del art. 237 de la LDCGalicia como causa de extinción del usufructo vidual: el Grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares".

[1237] "Artículo 230. 1. El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges. 2. El usufructo pactado quedará también sin efecto por mutuo acuerdo y el testamentario por su revocación.

incumplimiento de los deberes familiares. De opinión contraria es PÉREZ ÁLVAREZ[1239], quien entiende que son aplicables todas ellas porque si el comisario no puede determinar la suerte de sus propios derechos sobre la herencia, menos sobre los derechos ajenos, por lo que habrá de entenderse una suerte de presunción de la pérdida sobrevenida de confianza del comisario con la consiguiente ineficacia del poder testatorio.

7.1.10. Conflictos de intereses entre el comisario y los beneficiarios sobre la propia herencia[1240].

7.1.11. Que no hubiera hijos o descendientes comunes al tiempo de la apertura de la sucesión [1241].

*7.2. Efectos de la extinción.*

7.2.1. La ineficacia recae sobre los actos de ejecución posteriores al advenimiento de la causa de extinción, no sobre los anteriores (art. 670 y 1259 CC). Así BUSTO LAGO y PÉREZ ÁLVAREZ[1242].

7.2.2. Testamento preventivo vs. sucesión intestada. En el caso de que el comisario muriera sin ejercitar su facultad testatoria, se deferirá la herencia a los llamados en el testamento del causante y, en su defecto, se abrirá la sucesión intestada del premuerto[1243]. Esto mismo sucederá en el caso en que el comisario haya ejercitado

---

[1238] "Artículo 237. A instancia de los propietarios sin usufructo, también se extinguirá el usufructo de viudedad por: 1º Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o el causante. 2º Grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares".

[1239] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 81.

[1240] PÉREZ ÁLVAREZ, , *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 8. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 402: "Si tras el fallecimiento del atribuyente y antes de que el cónyuge supérstite ejercite la facultad testatoria delegada, muere uno de los hijos comunes de ambos y su progenitor se convierte en su heredero, lo que sucederá siempre que muera intestado, soltero, viudo, divorciado o separado y sin descendientes, la designación decae pues en estos casos surgiría un evidente conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite designado comisario y los restantes posibles beneficiarios de la herencia del causante delegante y ello con independencia de que los bienes recibidos "iure hereditatis" por el viudo, afirmación que resulta corroborada por el hecho de que dichos bienes ya no puedan ser objeto de la reserva lineal a favor de los hijos comunes supérstites ex art. 811 del CC, en tanto que la obligación de reservar ha sido abolida por el art. 182 de la LDCGalicia".

[1241] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 37 y 144.

[1242] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 402: "La extinción del poder testatorio determina la ineficacia de los actos de ejercicio de esta facultad por el comisario, sin perjuicio de que haya de mantenerse la eficacia de los actos dispositivos referidos a los bienes del propio comisario, aun cuando se ejerciten ambas facultades en un mismo instrumento, como ha precisado la STS 10-10-1977 (…), en relación con un supuesto sometido al Derecho civil propio del País Vasco". PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 75 y 145.

[1243] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 28 y 145.

la facultad testatoria en un testamento propio posteriormente revocado por otro en el que no ejercita aquella facultad (BUSTO LAGO y ÁLVAREZ PEÑA[1244]).

7.2.3. "El comisario está obligado a rendir cuentas de su gestión una vez ésta ha concluido" (art. 201.3 de la LDCGalicia)[1245]. Para BUSTO LAGO[1246] la rendición de cuentas es una obligación de carácter imperativo, no dispensable por el causante, inherente a cualquier cargo de gestión y se realizará ante los herederos en el momento de finalización de su gestión. Añade que la indefinición de la norma es total, pues ni se precisa plazo, ni ante quien ha de realizarse dicha rendición de cuentas, si bien parece razonable pensar que será ante los herederos del causante, pero sólo en cuanto que sea administrador de la herencia[1247].

[1244] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 403. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 150.

[1245] 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. 154: "Aparte del contenido concreto del acto sucesorio vía institución o de ejecución de que se trate, interesa traer a colación que debe rendir cuentas como gestor que es y así lo impone específicamente al comisario vizcaíno la STS, Sala 1ª, de 7-01-1959. 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 BERDEJO, se entiende aquí como simple informe".

[1246] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 399.

[1247] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 139, distingue cuando el fiduciario sea también administrador, responderá, como todo administrador de patrimonio ajeno, de los daños y perjuicios que se causen al patrimonio administrado por su culpa o negligencia. Pero no hay responsabilidad a consecuencia de la ejecución de la fiducia. Estoy de acuerdo y añado: 1º. el sucesor no puede ir contra los actos de su causante, que lo mismo es el fiduciario a estos efectos. 2º. los sucesores presuntos no pueden tener daños, pues siendo revocable el testamento y no adquiriendo el sucesor derecho alguno hasta la apertura de la sucesión, nada ha perdido ex art. 1106 CC pues como gráficamente señalan la STS, Sala 1ª, de 26-12-1996, de 5-11-1998, de 28-10-2004 y 7-07-2005, entre otras, el lucro cesante "no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna" o "meros sueños de ganancia". La jurisprudencia parece optar a favor de la responsabilidad como administrador del comisario sujeto a la legislación civil vasca.

## VII. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL DE NAVARRA.

### 1. Antecedentes y regulación actual.

CÁMARA LAPUENTE, HUALDE MANSO y NANCLARES VALLE[1248] parten del concepto amplio de "fiducia sucesoria" cuyo nombre estableció y clases fijó la STS de 30-10-1944[1249] (ponente CASTÁN TOBEÑAS) en un pleito procedente precisamente de Navarra. Coinciden con SALINAS QUIJADA[1250] en origen consuetudinario de las dos instituciones esenciales de delegación sucesoria en Navarra, la herencia de confianza y el fiduciario-comisario. Ya veremos luego, no obstante, que hay otras figuras menores de delegación de la facultad de ordenar la sucesión.

Efectivamente, en el caso de Navarra, la falta de constacia escrita de sus instituciones antes de la Compilación de 1973 es menos importante que en otras regiones españolas debido a la fuerza de la costumbre como fuente del derecho navarro. Como recuerda ESCOLÁN REMARTÍNEZ[1251] que "El Derecho navarro, antes de la Compilación, estaba incluido en el Fuero General de Navarra, el Amejoramiento al Fuero, La Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra. En este derecho prevalece la costumbre frente a la ley escrita".

Sobre el fiduciario-comisario manfiesta dicho autor[1252] que en "el Derecho de Navarra, el origen del testamento por fiduciario-comisario es igual al aragonés, es decir, consuetudinario y no tiene una formulación legal hasta finales del siglo XX con los movimientos compiladores. Lacarra[1253] opina que si bien el testamento en Navarra tiene unas connotaciones muy personales, está muy extendida la costumbre de la fiducia sucesoria, eso según sus particularidades, entre ellas en caso de fallecer ambos cónyuges sin testar, la de nombrar a dos parientes próximos, uno por cada rama, para designar heredero de entre los hijos".

---

[1248] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 336. HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 886. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 871.

[1249] 1º. investidura de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), 2º. 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.), 3º. 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, 4º. 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).

[1250] SALINAS QUIJADA, Francisco. *Compendio de Derecho Civil Navarro*. Gobierno de Navarra, Pamplona, 1991. ISBN 84-235-1.028-X, pp. 185.

[1251] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 168.

[1252] ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*, obra cit., pp. 83.

[1253] LACARRA MENDILUCE, Victoriano. *Instituciones de Derecho Civil Navarro*. Aranzadi y Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1965, pp. 319.

NÚÑEZ IGLESIAS[1254], como siempre muy preciso, apunta que a pesar del silencio del Fuero General y de no poderse aportar otras pruebas explícitas más que el Fuero de Viguera y Val de Funes, el testamento por comisario debió ser empleado en Navarra en la Baja Edad Media. En la Edad Moderna habrá constancia documental de su práctica, y en la época de la Codificación hay referencias jurisprudenciales y doctrinales. Reconoce su ausencia 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 dicho autor "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 poderes testatorios. Éstos aparecen otorgados en capitulaciones matrimoniales y en testamentos de hermandad. 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".

Además de la institución del fiduciario-comisario, tenemos en Navarra la herencia de confianza, la otra gran institución de dicha región de delegación de la potestad de ordenar la sucesión. CÁMARA LAPUENTE[1255] la retrotrae hasta la decretal "*cum tibi*" de Inocencio III como posible precedente. Según este autor aparece claramente en los formularios notariales de Navarra en los siglos XVII y XVIII, a pesar de ser meramente aludido en el Fuero General de Navarra y Amejoramientos de los siglos XIII y ss. Las recensiones privadas de leyes navarra nada recogieron sobre la institución: ni la Recopilación de Chavier (siglo XVI), ni la Novísima Recopilación del siglo XVIII, ni los Cuadernos de Cortes (siglos XVIII-XIX). Tampoco en la obra de Lacarra de 1932.

Por lo tanto, habremos de esperar al siglo XX para la regulación escrita de ambas figuras jurídicas. Efectivamente, el Proyecto del Colegio Notarial de Pamplona de 1930 recoge por primera vez el fiduciario-comisario y el heredero de confianza, texto que básicamente fue incorporado al Proyecto de Fuero Recopilado de 1959 que a su vez fue el punto de partida de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra–CDCFNavarra-, (también conocida como Fuero Nuevo).

La última reforma del CDCFNavarra por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, a los efectos que nos interesan, consiste en que se regula la capacidad para testar (ley 184), concepto e interpretación de la fiducia (ley 281), equiparación de la pareja estable al cónyuge fiduciario-comisario (ley 284) y las causas de extinción (leyes 284 y 288). Asimismo, ha introducido la facultad de "constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia".

El fundamento de esta institución dado por la STSJ de Navarra (Sala Civil y Penal), de 20-06-2006, como un método de preservación del patrimonio familiar. La mejor elección es la que recae en un único heredero, siempre éste de "entre los llamados a la sucesión, o sea sobre los posibles herederos, ello y la posibilidad de aplazamientos son características necesarias para el perfeccionamiento de la figura. Se trata así pues de evitar que quiebre la unidad de La Casa, con la división de su patrimonio, a través de la apertura de la sucesión legal".

[1254] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 222 y ss. y 273.
[1255] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 187 y ss.

**2. Diferencia de figuras afines.**

La ley 150 CDFNavarra habla de una "fiducia sucesoria" en sentido amplio, que luego se desglosa en los fiduciarios-comisarios (leyes 281 a 288), los herederos de confianza (leyes 289 a 295) y de apoderados "post mortem" (ley 150). Dicho Fuero Nuevo igualmente trata de la elección de herederos por los parientes mayores (ley 143), y de los fideicomisos de elección (ley 236). Pasemos a analizar estas figuras concomitantes.

*2.1. Los "Parientes Mayores" no son supuestos de ordenación de la sucesión por tercero.* Esta intervención de los "Parientes Mayores"[1256], requerida por los testadores, donantes u otorgantes de las capitulaciones (ley 139 CDCFNavarra) puede tener por objeto, entre otros (ley 143 CDCFNavarra) "la elección de heredero entre los hijos u otras personas llamadas genéricamente"[1257]. A la luz de este precepto y la ley 147 CDCFNavarra ("Intervención voluntaria. Podrá someterse a decisión de los Parientes Mayores, por acuerdo de todos los interesados y aceptación voluntaria de la encomienda en documento público, las cuestiones familiares patrimoniales y sucesorias de naturaleza disponible"), parece una institución de arbitraje de derecho especial, de la que se solicita una resolución, no una disposición de última voluntad. Sostengo tal opinión en que

2.1.1. La ley 283 CDCFNavarra parece dar a entender que una cosa es la fiducia colectiva y otra los *Parientes mayores*, pues a éstos se les puede conferir aquélla: "Actuación. Si fueren varios los fiduciarios decidirán por mayoría. Si los fiduciarios fueren los Parientes Mayores se estará a lo dispuesto en la ley 144".

2.1.2. La actuación de los parientes mayores fuera de dicho supuesto parece un arbitraje. Así se deduce de sus efectos conforme a la ley 146 CDCFNavarra, "Impugnación y responsabilidad. La decisión de los Parientes Mayores solo podrá ser impugnada ante los Tribunales por vicio de voluntad, fraude, infracción de costumbre o ley, o contravención de lo dispuesto por el causante".

---

[1256] Institución única en Derecho civil Foral en España pues, el Consejo de Famila de Derecho Civil Común y la Junta de Parientes del Derecho Foral de Aragón ya no existen. Como afirma la E.d.M. del CDFAragón, "la Ley de sucesiones dejó sin contenido el artículo 22 de la Compilación (derogado por la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad), que se refería a la «Junta de Parientes en funciones de fiducia sucesoria». Hoy la fiducia colectiva no es considerada propiamente como un supuesto de Junta de Parientes, pero sí ha parecido oportuno señalar que las normas del Título IV, se aplican supletoriamente, en defecto o para completar la normativa específica contenida en sede de Derecho de sucesiones, a su vez subsidiaria de las instrucciones del comitente".

[1257] Un caso lo tenemos en la STSJ de Navarra (civil y penal), sec. 1ª, de 20-06-2006. Según SALINAS QUIJADA, Francisco. *Compendio de Derecho Civil Navarro*, obra cit., pp. 118: "Son numerosas sus facultades que les atribuye la Compilación por lo que no es posible reseñarlas con un carácter exhaustivo (…) en defecto de los padres, dar consentimiento al menor de edad casado o emancipado para comparecer en juicio, tomar dinero a préstamo y enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales; aprobar las donaciones hechas por la mujer a su marido, si excediere de los regalos módicos de cosrtumbre; consentimiento para modificar las capitulaciones matrimoniales si hubiera fallecido o incapacitaclo alguno de los que ordenaron la institución, donación, dote o dotaciones (…) deseMpeñar el cargo de fiduciario comisario cuando sus funciones les son delegadas, aun cuando se haya conferido genéricamente a los "parientes", que se entenderá que son los Parientes Mayores…".

2.1.3. También podemos inferir que la decisión de los parientes mayores es arbitral o cuasi arbitral de que su objeto son materias de libre disposición, no siempre sucesorias, entre ellas herencias, así leyes 143 y 147 CDCFNavarra vs. art. 2.1 y 10 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

2.1.4. Por fin su carácter plenamente dispositivo en cuanto a su organización y constitución también recuerda a la actuación de los árbitros (ley 139 y art. 2 Ley de Arbitraje). Le acercaría a un oficio de derecho privado el dato que los parientes están obligados a aceptar su encargo, no así el árbitro (ley 142 vs. art. 16 Ley de Arbitraje).

*2.2. Las sustituciones pupilar y ejemplar tampoco son supuestos de ordenación de la sucesión por tercero.* Conforme a la ley 227 CDCFNavarra las sustituciones pupilar y ejemplar son modalidades de la sustitución fideicomisaria, luego queda claro que el sustituyente/fideicomitente dispone sobre su propia herencia, no sobre la del fiduciario –o sucesor intermedio- que haya de recibirla y retransmitirla al fideicomisario o sucesor final, por lo que no es propiamente una figura que delegue la ordenación de la sucesión.

**3. Clases de delegación sucesoria en Navarra.**

Como hemos visto arriba, la ley 150 CDCFNavarra establece que el causante puede delegar en fiduciario-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia. Ha de añadirse en estas figuras de delegación de la ordenación de la sucesión al fideicomiso de elección a que se refiere la ley 236, con claridad, y se discute la inclusión del poder "post mortem" (ley 150), como veremos.

MEZQUITA DEL CACHO[1258] entiende que la diferencia entre dichas figuras responde a una progresiva atribución de mayores facultades sucesorias, en oposición al personalismo testamentario del art. 670 CC y con un presupuesto de confianza que el causante deposita en el delegado. Así distinge la delegación sin pautas, con total libertad de criterio para el delegado, que es el caso del fiduciario-comisario. El supuesto intermedio, delegatorio de la ejecución de un encargo que el delegante configura, pero en forma secreta o heredero de confianza. El grado menor según dicho autor se da cuando el causante inviste de ciertas facultades al delegado por vía de poder "post mortem". Añade que, en teoría, aún cabría hablar de un mínimo cuarto grado de confianza, que sería el de la disposición sucesoria ya plenamente elaborada por el causante, pero que éste quiere mantener mientras viva en documento privado, y para cuya elevación a público tras su fallecimiento confiere a alguien un poder "post mortem" específico, que en realidad sería una nunciatura por debajo de su apariencia de poder".

En consecuencia en la legislación de Navarra hay tres mecanismos indudables de delegación de la facultad de ordenar la sucesión: el fiduciario-comisario, el heredero de confianza y el fideicomiso de elección y un cuarto dudoso, el poder "post mortem".

*3.1. El fiduciario-comisario.* Según la ley 281 CDCFNavarra es la figura por la que el causante delega en un tercero, denominado "fiduciario-comisario", por

[1258] MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis. "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp.447 y 448.

testamento, capitulaciones u otra escritura pública, las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones, disponer legados y constituir un patrimonio especialmente protegido. Está regulado en el Título XI del Libro II de la CDFNavarra.

*3.2. El heredero de confianza.* La CDCFNavarra destina el Titulo XII del Libro II que comprende las leyes 289 a 295. La primera de ellas nos ofrece el concepto de la figura al decir: "el testador puede instituir herederos de confianza o fiduciarios a personas individuales o jurídicas a quienes faculte para hacerse cargo de toda o parte de la herencia y a disponer de ésta conforme al destino expresado en las instrucciones escritas o verbales que confidencialmente les haya dado". Se ponen de relieve la característica esencial de la figura, la existencia dos fases: antes de revelar la confianza, puede ejercitar todos los derechos propios del heredero; una vez revelada, tiene todas las facultades como albacea, contador partidor y representante de la herencia (ley 291).

*3.3. El poder "post mortem".* Para NANCLARES VALLE y MEZQUITA DEL CACHO[1259] se diferencia del fiduciario-comisario y del heredero de confianza en que si bien tiene facultades de ordenar y ejecutar, sobre todo ejecutar la sucesión (fundamentalmente para la gestión en el interregno entre el óbito del causante y la actuación de los administradores de la herencia, sean herederos, albaceas, etc.), sus potestades son determinadas, específicamente concretadas en el instrumento de poder y públicas. Discrepa CÁMARA LAPUENTE[1260] para quien "no es un poder para testar, sino un poder para ejecutar ciertos menesteres que requieren un trato inmediato tras el óbito del causante".

*3.4. El fideicomiso de elección.* Dentro de la regulación de las sustituciones fideicomisarias[1261] (leyes 224 y ss. CDCFNavarra) se encuentra la ley 236 CDCFNavarra, la cual permite al fideicomitente autorizar al fiduciario para elegir libremente el fideicomisario o fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual o desigualmente. Para MEZQUITA GARCÍA-GRANERO[1262] se trata de "una sustitución fideicomisaria establecida por el fideicomitente, en la cual el disponente no nombra a los sustitutos fideicomisarios sino indirectamente por medio del fiduciario".

---

[1259] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 894. MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis, "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 448.

[1260] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 334.

[1261] Ha de aclararse que conforme a la ley 227 CDCFNavarra ("Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años o de que, habiendo sido modificada judicialmente su capacidad, la misma no le haya permitido otorgar testamento válido") las sustitución pupilar y ejemplar son modalidades de la sustitución fideicomisaria, lo que resuelve claramente el carácter y objeto de la elección hecha por el ascendiente sobre los bienes que deja al descendiente.

[1262] MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores. "Título VIII de las sustituciones", en Enrique Rubio Torrano (dir.) y María Luisa Arcos Vieira (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 692. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 61.

La diferencia para los autores[1263] respecto del fiduciario-comisario en que éste no es necesariamente heredero, ni legatario, ni siquiera usufructuario, y su encargo consiste en nombrar al heredero o donatario universal, mientras que el fiduciario de la ley 236 es un auténtico heredero querido como tal por el testador, aunque gravado con un fideicomiso, y que viene, además, autorizado por el disponente para nombrar a los sucesores del fideicomitente para después de él mismo. Y el fiduciario electivo se distingue del heredero de confianza, en que este último es un sucesor aparente o formal que un simple testigo cualificado que pasa a ser albacea al revelar su encargo. Además el fiduciario electivo debe sobrevivir al fideicomitente para para adquirir y trasmitir su derecho a sus herederos, mientras que el instituido por el heredero de confianza sí transmite su derecho a sus herederos.

Por fin, la facultad del confidenciario de delegar acentúa la diferencia de esta institución con las sustituciones fideicomisarias y hace inaplicables los límites legales impuestos a lo las transmisiones en ellas (ley 224.2 CDCFNavarra)[1264].

### 4. Los fiduciarios-comisarios en la CDCFNavarra.

*4.1. Concepto de fiduciario-comisario.* Dispone la ley 281 CDCFNavarra "Concepto. Para el caso de fallecer el causante sin haber ordenado de otro modo su sucesión, puede aquél delegar en un fiduciario-comisario, por testamento, capitulaciones u otra escritura pública, las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones, disponer legados y constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título. La delegación puede conferirse al cónyuge, pareja estable u otras personas individual, conjunta o subsidiariamente; cuando se haya conferido genéricamente a los "parientes", se entenderá a los Parientes Mayores. Interpretación. En la fiducia sucesoria, la interpretación e integración de la voluntad del causante deben ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia. Salvo que otra cosa se hubiere establecido, se observarán las leyes siguientes".

CÁMARA LAPUENTE[1265] defiende la corrección jurídica de la definición legal "fiduciarios-comisarios" de origen jurisprudencial[1266] que permite diferenciarlo del resto de las figuras similares y critica a alguna sentencia que le llama simplemente "comisario foral"[1267] por "perturbadora".

---

[1263] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1108; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 692. Cfr. RTEAF de Navarra, nº 3.988 de 12-02-2015.

[1264] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887, HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 526, 570 y 571.

[1265] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra.* Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 833.

[1266] SAT de Pamplona, de 13-03-1969 y 26-05-1972 y STS, de 29-04-1972.

[1267] SAP de Navarra, de 22-06-1998 y STSJ de Navarra de 27-09-1999

*4.2. Naturaleza jurídica del fiduciario-comisario.* MERINO HERNÁNDEZ[1268] entiende que el fiduciario-comisario navarro ejercita un poder testatorio por estimables argumentos: "Muy cercana a la clásica teoría del apoderamiento se encuentra la Compilación navarra. En primer lugar, su ley 281, al dar el concepto de la fiducia, dice que la misma consiste en "delegar en un fiduciario-comisario (...) las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados"; el propio uso de la palabra "comisario" conlleva, según antes explicaba, reminiscencias del mandato o del apoderamiento. Por otra parte, y como antes también recordaba, la propia Compilación, en su ley 151, configura como fiducia sucesoria el "poder post rnortem".

No obstante, su posición es minoritaria en la doctrina navarra. Así, CÁMARA LAPUENTE[1269] rechaza la denominación de "comisario foral" para la institución que estudiamos por "perturbadora", pues dicho autor repudia la teoría del poder como fundamento de la institución[1270], dado que entiende que el tipo legal es un "arbitrio restringido" [1271] al ámbito familiar lejano al testamento por comisario que deduce del pfo. 2º de la ley 281 CDCFNavarra. También MEZQUITA DEL CACHO[1272] entiende que el fiduciario-comisario es un "arbitrador". NANCLARES VALLE[1273] aunque ocasionalmente lo denomina "officium" de derecho privado, parece optar por la *teoría de la integración de la voluntad* de Lacruz Berdejo cuando afirma que el fiduciario no sustituye la voluntad del causante, sino que meramente la complementa, pues 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".

---

[1268] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 88.

[1269] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 833 y 834. Así, obra cit., pp. 871, aunque la ley 287 CDCFNavarra hable de situación de "dependencia" cuando debería decir "de pendencia", posible errata no corregida por la Ley Foral 21/2019, lo característico en esta situación para dicho autor 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.

[1270] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 834, da los siguientes motivos: "1) La asunción por el Fuero Nuevo del personalismo formal y material del testamento proveniente del Derecho romano, como el art. 670 CC. 2) Los fiduciarios-comisarios son una excepción al personalismo material (SAT de Pamplona de 26-05-1971) que debe ser interpretado restrictivamente. 3) la tradición jurídica de navarra ha negado radicalmente la licitud del poder para testar y la aplicación en Navarra de las Leyes de Toro. 4) la analogía con otras normas del Fuero Nuevo que sólo toleran el "nuntius" sin arbitrio (leyes 142, 173 y 282). 5) La ausencia de base alguna para sostener su validez a través del poder "post mortem".

[1271] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 842: "En la fiducia sucesoria «familiar» (tradicional) el círculo de sujetos elegibles está predeterminado; luego no podrá transmitir la herencia a extraños a la familia. Así lo confirma la mención de los posibles fiduciarios (cónyuge, parientes, leyes 281, 283, 284, 285, 287 y 288), la referencia expresa a mecanismos dispositivos exclusivos del entorno familiar como señalamientos y entregas de dotaciones (leyes 281 y 285.2, cfr. ley 133 y ss.) y derechos con cargo a la Casa (ley 285.2), la solución «pro familiae» en caso de imposibilidad de ejecución de la fiducia, sin especial consideración de su tipo, familiar o extrafamiliar (ley 288), etcétera"..

[1272] MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis, "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 448.

[1273] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. ed. 2011., pp. 874. También CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 400

*4.3. Caracteres del fiduciario-comisario.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO y CÁMARA LAPUENTE[1274] concluyen que son similares a los de la fiducia aragonesa y son los siguientes:

4.3.1. Función o cargo personalísimo, indelegable o intransferible, lo cual no impide que se pueda conceder a otro poder para meramente ejecutar y formalizar la disposición sucesoria que el comisario realice por el causante, o sea, delegar en un mero "nuntius" (ley 282 CDCFNavarra[1275]). En contra, CÁMARA LAPUENTE y NANCLARES VALLE[1276], para quienes esta última figura no es un "nuntius", sino un "apoderamiento con mandato imperativo". Este último autor, además, estima que el heredero de confianza puede nombrar un fiduciario-comisario; e incluso, dado el carácter dispositivo de la regulación (ley 281, pfo. 2º CDCFNavarra), cabe que el causante autorice expresamente al fiduciario-comisario para delegar sus funciones por entero y no sólo "la simple ejecución o formalización del acto".

4.3.2. Voluntario y renunciable[1277].

4.3.3. Naturalmente gratuito[1278].

4.3.4. Temporal[1279].

---

[1274] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 56. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 846.

[1275] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 56; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 846; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 874; SALINAS QUIJADA, Francisco, *Compendio de Derecho Civil Navarro*, obra cit., pp. 187. RIVAS MARTÍNEZ, JUAN-JOSE Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1389.

[1276] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 839, 846 y 847. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887.

[1277] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 835 y 836. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 874.

[1278] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 840: Pero también es lícito que el comitente no le deje nada (SAT de Pamplona 26-05-1971 y SAP de Navarra 31-12-1996), partiendo de la base de que el cargo es naturalmente gratuito. Ninguna regla permite al fiduciario exigir una retribución, ni puede autoasignársela (salvo que fuese por servicios prestados en ejercicio regular de su actividad profesional para poder ejecutar la fiducia: v, gr.: si es notario, abogado, etc.). No parece aplicable analógicamente la ley 294, relativa a los herederos de confianza, ni la ley 298, concerniente a los albaceas, a falta de precepto expreso. También NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 874, quien sí admite que el causante atribuya algún bien al fiduciario-comisario o que le permita disponer de bienes en provecho propio para así gratificarle por el ejercicio de su cargo o para que pueda hacer frente a situaciones de necesidad en las que se encuentre (SAP de Navarra de 22-06-1998). De no ser así, el fiduciario-comisario, según dicho autor no podrá exigir retribución alguna, a diferencia de lo que sucede con los herederos de confianza (ley 294) o con los albaceas (ley 298).

[1279] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 834; NANCLARES VALLE, Javier.

4.3.5. Revocable. Para CÁMARA LAPUENTE y GARRIDO MELERO[1280] la posibilidad de revocación de las facultades fiduciarias conferidas dependerá del acto o negocio jurídico en que se contengan: si es unilateral, no existen obstáculos; si es bilateral o multilateral, no se podrán revocar cuando el convenio versaba sobre la designación fiduciaria[1281], siendo posible, por el contrario, cuando ésta se incorporó como disposición unilateral aprovechando ese documento.

4.3.6. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante que prevalece siempre, pues constituye la ley de la sucesión[1282]. Entiende MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO que mientras el heredero de confianza puede recibir instrucciones escritas o verbales (ley 289), el fiduciario comisario ha de respetar las instrucciones, "dentro de los límites establecidos en la delegación" (ley 281 CDCFNavarra)[1283].

4.3.7. Responsable en cuanto administrador hereditario, de modo que (CÁMARA LA PUENTE[1284]) pesa sobre él en estos actos el canon de la diligencia de un buen padre de familia (ley 259.1 CDCFNavarra) y responde de una actuación negligente (leyes 147.2 y 488.2 CDCFNavarra).

4.3.8. Añadimos, la situación de expectativa o pendencia de los sucesores hasta la ejecución de la fiducia de modo que no adquieren ningún derecho hereditario cierto sobre la herencia del causante hasta que el fiduciario ordena la sucesión de aquél[1285].

*4.4. Clases de fiduciario-comisario:*

4.4.1. Fiduciario-comisario ordinario vs. fiduciario-comisario-cónyuge. Según CÁMARA LAPUENTE[1286] "Aunque no hay una dicotomía formal en las Leyes relativas a los fiduciarios-comisarios, cabe apreciar un diferente régimen en su posición jurídica según se trate del cónyuge o parientes o de cualesquiera otras personas. Ese primer grupo de fiduciarios tiene, amén de reglas específicas sobre capacidad (ley 284)

---

"22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 874.

[1280] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 839. GARRIDO MELERO, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1204.

[1281] En tal sentido NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 881 quien invoca la STSJ de Navarra (Civil y Penal) de 27-02-1999.

[1282] STSJ de Navarra, sec. 1ª, de 20-06-2006. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 846; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 874. MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 48.

[1283] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La fiducia sucesoria aragonesa*", obra cit., pp. 56 y 58.

[1284] "CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 874.

[1285] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 836 y 840; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 888.

[1286] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 840.

y forma de actuación (ley 283, en relación con la 281), una suerte de posición reforzada o privilegiada, que se traduce en más amplias facultades en la situación de pendencia (ley 287) y ante la imposibilidad de ejecución de la fiducia (ley 288). A esto debe añadirse el usufructo universal de fidelidad que tiene por Ley el cónyuge supérstite en Navarra, por su condición de viudo y no por ser fiduciario. La suma de ambas condiciones le otorga un papel preeminente en el esquema familiar".

4.4.2. Fiduciario-comisario individual vs. fiduciario-comisario colectivo. Como en Aragón (art. 459.1 y 461.1 CDFAragón) las leyes 284 y 285 CDCFNavarra parecen, respectivamente, limitarse a regular una fiducia individual a cargo del cónyuge o pareja frente a una fiducia colectiva en la que dicho cónyuge o pareja es miembro tácito del colegio de fiduciarios, salvo que lo excluya el testador. Como en Aragón también, (ley 281 CDCFNavarra) el comitente puede nombrar un fiduciario-comisario que no sea su cónyuge o pareja estable[1287]. Asimismo como en Aragón, en la fiducia colectiva en los que sus miembros puede ser determinados por el causante o determinables (ley 139 y ss. CDCFNavarra).

*4.5. Requisitos de la ordenación de la sucesión por fiduciario-comisario.*

4.6.1. Requisitos subjetivos. Según la doctrina civilista de Navarra se clasifican los protagonistas en el "comitente", "comisario-fiduciario" y los sucesores.

La CDCFNavarra tiene regulación propia sobre la discapacidad, concretamente la ley 19 contiene una declaración general[1288]. Pero la misma ha quedado desfasada, pese a su reciente reforma por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, tras las modificaciones introducidas en el Código civil por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por lo tanto el análisis en profundidad de la relación entre personas con discapacidad y delegación de la facultad de testar se hará en la parte de esta obra que trata de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

a) El comitente. (i) Capacidad. A falta de previsión en la ley 281 CDCFNavarra, la doctrina entiende precisa[1289] la capacidad para testar, 14 años salvo en testamento

[1287] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 865.

[1288] Ley 19 CDCFNavarra "Ley 19. Nulidad, anulabilidad y rescisión de las declaraciones de voluntad. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 47, son nulas las declaraciones de voluntad emitidas por personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer, las de objeto imposible o inmoral y todas aquellas que estén prohibidas por la ley. Serán igualmente nulas las efectuadas por persona con capacidad judicialmente modificada en contravención de las prohibiciones establecidas en la sentencia.Son anulables las declaraciones emitidas por menores no emancipados salvo que se acredite que en el momento de emitirlas carecían por completo de juicio, en cuyo caso serán nulas de pleno derecho. Asimismo son anulables las declaraciones de voluntad emitidas por personas emancipadas sin la debida asistencia cuando esta sea necesaria conforme a lo dispuesto en la ley 48. Serán también anulables las emitidas por personas con capacidad judicialmente modificada cuando actúen sin el complemento de capacidad establecido en sentencia. Son rescindibles las declaraciones de voluntad cuando así lo disponga la ley".

[1289] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 712; GARRIDO MELERO, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1201.

ológrafo, que requiere mayoría de edad (ley 184 CDCFNavarra), la cual también es precisa para el pacto sucesorio (ley 173), aunque le basta al causante la mera emancipación para otorgar capitulaciones matrimoniales[1290] (leyes 48, 83 y 173). (ii) Legitimación. Debe tener la condición civil foral de navarro, puesto que esta institución forma parte del fondo de la sucesión, es uno de los posibles contenidos del instrumento sucesorio[1291] y, por lo tanto, forma parte de su estatuto personal (art. 9.8 CC y ley 148 CDCFNavarra)[1292] u otro punto de conexión que así lo permita conforme al Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo[1293].

b) El fiduciario. (i) Capacidad. Según la ley 284 CDCFNavarra deberá ser mayor de edad (18 años, ley 50 CDCFNavarra) en el momento de ejercer dicha su función (no en el del nombramiento) y no tener modificada judicialmente dicha capacidad[1294]; pero si es el cónyuge, bastará que tenga capacidad para testar (14 años, ley 47)[1295]. (ii) Legitimación. Deben ser persona física pero no es necesaria la vecindad civil navarra (el heredero de confianza puede ser persona jurídica pero no así el fiduciario[1296]) y pueden ser uno o varios, nominalmente instituidos o por referencias a

[1290] RIVAS MARTÍNEZ, JUAN-JOSE Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral* obra cit., pp. 1388.

[1291] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 835.

[1292] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 720, entiende que la pérdida de la vecindad civil navarra no obsta a la subsistencia y validez de la fiducia ex art. 9.8. CC. En la Doctrina de Aragón, piensan lo mismo BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 891), MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 84. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1389. En contra, PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria" en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 594), afirma que "no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas generales 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".

[1293] En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Cfr. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[1294] Esto da lugar, según MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 49, a una dilación excesiva de la actuación si el fiduciario es menor y no puede actuar hasta la mayoría de edad.

[1295] Para MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 49; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 850 y NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 876, ello da lugar a que si el cónyuge es menor, emancipado o no, al momento de ejecutar la fiducia, deberá recabar el auxilio de sus padres o los Parientes Mayores para actos de administración y de disposición (leyes 66.3 y 387, art. 316, 323 y 324 CC). Este problema se solventaría con el recurso a la analogía con el mandato, para lo que bastaría la emancipación (art. 1716 CC). El autor entiende, al contrario, que la ley 284 autorizaría al menor a efectuar los actos de administración y de disposición.

[1296] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 71. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1389.

clases determinadas. Si son varios, el régimen de funcionamiento por defecto es de mayorías (leyes 281 y 283).

c) Beneficiarios de la fiducia. (i) Legitimación. Para CÁMARA LAPUENTE[1297], dado el carácter meramente formal de la legítima navarra a favor de los hijos y descendientes (leyes 148 y 267), y que sólo el usufructo universal de viudedad es exigible, los destinatarios pueden ser familiares o un tercero, tanto sujetos concretos, relativamente indeterminados pero determinables (nominalmente instituidos o por referencias a clases determinadas, leyes 144.1 y 285[1298]), como "fines" establecidos por el comitente para que el fiduciario-comisario los cumpla conforme a su propio albedrío, determinando a su voluntad los modos de cumplimiento de finalidades benéficas, promoción de valores o de conocimiento, destino de los bienes a ONGs, etc. No obstante, manifiesta que lo habitual es que el comitente determine un círculo de personas potencialmente beneficiarias[1299]. (ii) La capacidad exigida al sucesor será la correspondiente a cada uno de los diferentes títulos adquisitivos según dicho autor[1300].

4.6.2. Requisitos objetivos. Mientras para MERINO HERNÁNDEZ[1301], "el fiduciario-comisario tiene unas atribuciones circunscritas esencialmente al ámbito patrimonial y, aunque no exactamente, se aproxima más a un mero «distribuidor de bienes»". CÁMARA LAPUENTE y NANCLARES VALLE[1302], al contrario, entienden que también puede realizar cualesquiera disposiciones, incluso de carácter no estrictamente patrimonial, de igual forma que podría haberlas efectuado el causante, siempre que éste le habilitase a ello de forma genérica, ya que la ley 281 CDCFNavarra debe ponerse en relación con la ley 151.

---

[1297] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 415.

[1298] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 843: Consecuencia de que no se cumpla esta fiducia restringida a un "arbitrium boni viri" es la posible impugnación de las decisiones del fiduciario-comisario que no se den dentro del grupo de beneficiarios señalados, salvo que el causante le confiera el máximo arbitrio de elección.

[1299] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 841. A partir de ahí tiende a la "querencia" de la doctrina universitaria de convertir la delegación sucesoria en una mera opción "in incertum de certis" cuyas raíces se hunden en la doctrina bajo medieval y que denotan un repudio de fondo a la institución fiduciaria. En este caso el autor, obra cit., pp. 842 lo dice literalmente fundándose en los antecedentes canonistas y de *ius comune* (Derecho Romano) del Derecho Civil Navarra. En la pp. 843 alude al "arbitrio boni viri". Consecuencia: puesta dicha cláusula, en la práctica se detecta el problema de la posible premoriencia a la ejecución de todo el círculo de posibles beneficiarios y, salvo que se haya establecido suplentes, la fiducia se extingue (SAT de 22-06-1880) y entrarían en juego las reglas de la ley 288 para este supuesto.

[1300] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 841. Los beneficiarios señalados por el fiduciario pueden ser herederos o donatarios universales, "inter vivos" o "mortis causa" (ley 150, en relación con la ley 281), o bien pueden ser simples beneficiarios de bienes y derechos del difunto por cualquier otro título (legados, dotaciones, donaciones singulares, etc.).

[1301] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 47.

[1302] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 842. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra" en *Tratado de Derecho de Sucesiones*", ed. 2016, obra cit., pp. 922.

a) Hay consenso, no obstante, en que el fiduciario-comisario tiene plenas facultades de ordenación de la sucesión[1303], las cuales son: (i) La designación, de heredero o herederos y señalar dotaciones; (ii) distribuir los bienes del causante, en la forma que tenga por conveniente y, por tanto, en partes iguales o desiguales; (iii) fijación de sustituciones, términos, condiciones, fideicomisos, cargas, modos. Añade CÁMARA LAPUENTE[1304]: (iv) Reconocer y fijar las legítimas. (v) Nombrar albaceas y contadores-partidores, como auxiliares para simples funciones de ejecución y partición, a tenor las decisiones tomadas por el fiduciario-comisario. (vi) Interpretar el testamento o instrumento sucesorio del causante, igual que un albacea. (vii) Delegar en los Parientes Mayores.

b) Asimismo, el fiduciario-comisario tiene ciertos límites en el cumplimiento de su encargo: (i) Respecto a las instrucciones del causante[1305], para lo cual la ley 281 CDCFNavarra establece normas interpretativas por remisión a la costumbre y subsidiariamente la propia norma. (ii) El fiduciario-comisario no podrá intervenir ni modificar en lo ya ordenado por el causante salvo autorización expresa de éste para ello[1306]. (iii) Del tenor literal del CDCFNavarra, el fiduciario no está sujeto a límite alguno legitimario, aunque sí a ciertas reserva del bínubo[1307], como tampoco lo está el causante, pero conforme a la tradición Navarra y el deduce del pfo. 2º de la ley 281 CDCFNavarra, CÁMARA LA PUENTE[1308] entiende que el tipo legal es un "arbitrio restringido" a elegir sucesores del causante dentro del ámbito familiar, algo lejano al testamento por comisario. d) Según el mismo autor[1309] el presupuesto de la fiducia, la falta de ordenación de su sucesión por el propio comitente puede hacer incompatible la

[1303] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. ed. 2011., pp. 922. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 841.

[1304] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 452-462.

[1305] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 873. También CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 843. Ley 281, pfo. 2º CDCFNavarra: "Interpretación. En la fiducia sucesoria, la interpretación e integración de la voluntad del causante deben ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia. Salvo que otra cosa se hubiere establecido, se observarán las leyes siguientes…". Para MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 71, a diferencia de lo que ocurre con los herederos de confianza, los fiduciarios-comisarios no pueden recibir instrucciones otorgadas confidencialmente -no reveladas- pueden ser escritas o verbales (ley 289 CDCFNavarra).

[1306] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 835; NANCLARES VALLE, Javier, "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra" en *Tratado de Derecho de Sucesiones*", ed. 2016, obra cit., pp. 916.

[1307] Cfr. STS, Sala 1ª, de 12-02-2004.

[1308] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 842: "En la fiducia sucesoria «familiar» (tradicional) el círculo de sujetos elegibles está predeterminado; luego no podrá transmitir la herencia a extraños a la familia. Así lo confirma la mención de los posibles fiduciarios (cónyuge, parientes, leyes 281, 283, 284, 285, 287 y 288), la referencia expresa a mecanismos dispositivos exclusivos del entorno familiar como señalamientos y entregas de dotaciones (leyes 281 y 285.2, cfr. ley 133 y ss.) y derechos con cargo a la Casa (ley 285.2), la solución «pro familiae» en caso de imposibilidad de ejecución de la fiducia, sin especial consideración de su tipo, familiar o extrafamiliar (ley 288), etcétera"..

[1309] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 835.

institución del fiduciario-comisario con dos instituciones características navarras, la sociedad familiar de conquistas y el contrato sucesorio con eficacia actual de bienes cuando en ambas se haya dispuesto del total destino de la herencia (cfr. leyes 92, 158.3 y 179 CDCFNavarra)

4.6.3. Requisitos formales. Según la ley 281 CDCFNavarra el fiduciario-comisario puede ser nombrado en testamento, capitulaciones u otra escritura pública, norma imperativa, frente al carácter dispositivo del fondo de la delegación sucesoria[1310]. En consecuencia, a) vale cualquier forma testamentaria (cfr. leyes 188, 189 y 190 y 193)[1311], incluidas las ológrafas y el testamento mancomunado, todas libremente revocables, salvo las recíprocas en éste último. b) Las capitulaciones matrimoniales son la forma tradicional de ordenar la fiducia[1312] y no podrán ser revocadas ni modificadas ni los límites de sus facultades sin el consentimiento de todos sus otorgantes (leyes 81, 178 y 182)[1313]. c) Por otra "escritura pública" se entiende cualquier acto bilateral o unilateral que puede servir de cauce al nombramiento de fiduciario-comisario, p.ej., aparte de los citados capítulos matrimoniales, donaciones "propter nupcias", donaciones entre cónyuges, parientes o extraños, señalamientos y entregas de dotes o dotaciones, compraventas, reconocimiento de filiación e incluso un poder notarial, siempre que no sea un verdadero poder testatorio[1314]. d) CÁMARA LAPUENTE[1315] entiende que en el codicilo no puede ordenarse un fiduciario-comisario puesto que tal instrumento no puede contener nombramiento o modificación de la designación de heredero (ley 195), pero sí que cabe esta forma, en opinión de dicho autor, concretar la identidad del fiduciario.

*4.7. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por el fiduciario-comisario.* Con razón critica CÁMARA LAPUENTE[1316] que la ley 287 CDCFNavarra hable de situación de "dependencia" cuando debería decir "de pendencia", posible errata no corregida por la Ley Foral 21/2019. Lo característico en esta situación para la

[1310] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 837. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. ed. 2011, pp. 875.

[1311] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 837; MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 49.

[1312] Las, capitulaciones han sido históricamente el vehículo más emplearlo para explicitar las funciones de los fiduciarios-comisarios. Así lo entiende NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. ed. 2016, pp. 917. También según CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 837.

[1313] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 838. Cita la SAP de Navarra de 22-06-1998 y STSJ de Navarra (Civil y Penal) de 27-02-1999 y la SAT de Pamplona de 26-05-1971.

[1314] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 837; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 875.

[1315] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 839.

[1316] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 871.

doctrina[1317] (en curiosa elipsis para evitar reconocer el fenómeno representativo) 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. En esta situación, según dicho autor ni se produce aún una comunidad hereditaria «sensu strictu» entre los llamados, ni hay herederos determinados, por lo que es preciso que alguien se haga cargo del patrimonio hereditario, hasta que la «pendencia» desaparezca.

4.7.1. Derechos de los beneficiarios en expectativa. Según CÁMARA LAPUENTE[1318] "los genéricamente 1lamados no pueden despojar al fiduciario-comisario de ninguna de estas facultades y acordar por sí mismos unánimemente la distribución de la herencia, como, en cambio, podrían hacer respecto a un simple albacea o a un contador-partidor (ley 344 FN). La función vicaria del fiduciario, que se sitúa en el lugar dispositivo del comitente, no lo permite. Cuestión distinta son los ulteriores pactos entre los definitivamente beneficiados para redistribuirse algunos bienes mediante transacciones".

4.7.2. Inventario y usufructo. Para CÁMARA LAPUENTE[1319], el fiduciario-comisario no está obligado a inventariar ni a rendir cuentas, salvo que sea usufructuario. El viudo fiduciario-comisario seguirá siendo el administrador aunque renuncie al usufructo de fidelidad (ley 261.2 CDCFNavarra) y si incurriese en alguna de las causas de privación de éste no necesariamente se producirá la extinción conexa y automática de la cualidad de fiduciario-comisario. Si es sólo usufructuario, no fiduciario-comisario, él tendrá las facultades de administración y las de disposición recaerán en las demás personas previstas en la ley 287 CDCFNavarra. Nótese el parecido con la fiducia colectiva sujeta al Derecho civil de Aragón.

4.7.3. Actos de administración[1320]. Dada situación de pendencia de la delación hereditaria (ley 287 CDCFNavarra), no hay herederos determinados, por lo que es preciso que alguien se haga cargo del patrimonio hereditario, hasta que la «pendencia» desaparezca". De las leyes 281 y 287 CDCFNavarra se deduce que será el administrador la persona que designe el causante (albacea, ley 296 y ss. CDCFNavarra), y en su defecto el fiduciario-comisario que sea viudo o pareja estable o ascendientes y, a falta

[1317] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 836; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 882.

[1318] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 861.

[1319] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 873 y 874.

[1320] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 873. Esta autor cita como facultades de administración: 1. posesión de los bienes; 2. representación judicial o extrajudicial de la herencia (cfr. leyes 293.3 y 296.2 CDCFNavarra); 3. actos de conservación y explotación del patrimonio hereditario; 4. pago de acreedores; 5. hacer las operaciones necesarias para la liquidación de toda clase de impuestos, pagarlos e interponer los recursos que procedan (ley 296.b.3); 6. disponer y pagar lo referente al entierro, funerales y sufragios piadosos (ley 259.2º y 296.7º); 7. prestar alimentos a los hijos y descendientes del fallecido (ley 259.3). En general, se observa que es una reproducción de lo previsto como facultades del albacea universal en la ley 297 CDCFNavarra y art. 429, ap. 8 a 10 CCCataluña.

de éstos, se aplican las normas de la comunidad hereditaria entre los llamados (cfr. ley 372 CDCFNavarra).

4.7.4. Actos de disposición. Ha de distinguirse por un lado, los actos de disposición a título gratuito, que constituyen ejecución de la fiducia (ley 285 CDFNavarra), los veremos luego, y serán impugnable si no se ajusta a las directrices de ordenación de la herencia[1321]. Por el otro lado están los actos de disposición a título oneroso, que no suponen ejercicio de la fiducia, e incluyen no sólo las enajenaciones, también el gravamen, renuncia de derechos hereditarios, transacción, etc. y vienen reguladas en la ley 287 CDCFNavarra. Esta facultad de disposición a título ooneroso sobre los bienes hereditarios está sujeta a la modulación que fije el causante, siendo tradicional que éste autorice al fiduciario-comisario[1322] para disponer y consumir el producto de la venta en caso de necesidad. En otro caso[1323], lo obtenido por la enajenación a título oneroso, como producto de la gestión de la herencia, quedará subrogado en el lugar de los bienes que salieren de la herencia, salvo que se hubiera destinado al pago de las deudas o cargas de ésta. No obstante la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril ha dado nueva redacción a tal precepto, de modo que, conforme a la misma, siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o tiene la capacidad judicialmente modificada modificada, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios.

e) Liquidación de la sociedad conyugal. Seguimos a CÁMARA LAPUENTE[1324]: la liquidación de la misma es requisito previo para determinar el patrimonio del causante. (i) Los herederos presuntos no pueden pedir su liquidación. (ii). El inventario y liquidación podrá hacerse por el cónyuge-fiduciario-comisario con el contador partidor, o con alguno de los herederos preventivamente designados por el causante, salvo que se hubiera pactado sociedad continuada de conquistas entre los hijos del causante y el cónyuge supérstite, en cuyo caso la ordenación la hará este último en su testamento. Igualmente el cónyuge-fiduciario-comisario podrá asignar bienes de la sociedad de conquistas sin su previa partición e incluso, según dicho autor, el principio de libertad sucesoria en Navarra y las facultades de disposición del cónyuge-fiduciario-comisario autorizarían a éste a efectuar por sí y ante sí, unilateralmente dicha liquidación. (iii) Si los fiduciarios-comisarios son ascendientes, se entiende, ante la ausencia de conflicto de intereses, pueden efectuar la liquidación concurriendo con el viudo o solicitarla judicialmente. (iv) Los fiduciarios-comisarios que no sean ni

[1321] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 875. y NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 883.

[1322] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 875 y SAP de Navarra de 31-12-1996.

[1323] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 875. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 883.

[1324] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 462-467.

ascendientes ni el viudo podrán solicitar la liquidación judicial pero es dudoso que puedan hacerla en concurrencia con el viudo si el causante no les autorizó expresamente al efecto o con facultades de disposición.

*4.8. Requisitos de la ordenación de la sucesión por el fiduciario-comisario.*

4.8.1. Requisitos personales. Según CÁMARA LAPUENTE[1325] el ejercicio de su cargo es absolutamente potestativo para el fiduciario, pudiendo ejecutarlo o no. Si la fiducia es colectiva, tanto la adopción de los acuerdos, que requiere mayoría en defecto de lo que ordene el causante, como su formalización (escritura pública siempre) se rigen por las normas de los parientes mayores (leyes 143 y 285 CDCFNavarra).

4.8.2. Requisitos reales. "Los destinatarios finales pueden ser auténticos sucesores del causante, tanto en la modalidad de herederos como de donatarios universales, "inter vivos" o "mortis causa" (ley 150, en relación con la ley 281), o bien pueden ser simples beneficiarios de bienes y derechos del difunto por cualquier otro título (legados, dotaciones, donaciones singulares, etc.)…". La asignación puede ser total o parcial, en uno o varios actos (ley 285) mientras no se designe al heredero donatario universal[1326].

4.8.3. Requisitos formales. La ejecución puede ser efectuada en testamento[1327] o en escritura pública. Se usa el término "designaciones", un poco al estilo de las "asignaciones" aragonesas (art. 456 CDFAragón), es decir, no como nombramiento de heredero, sino como atribución sucesoria[1328]. Los requisitos de forma son "ad solemnitatem" o presupuesto de validez[1329]. a) La designación en escritura pública (donación universal o singular, simple o modal, capitulaciones matrimoniales, pactos sucesorios…[1330]) es irrevocable (ley 286 CDCFNavarra) y es la única que puede usarse en la fiducia colectiva (ley 143 tras la Ley Foral 21/2019). b) El testamento es revocable

[1325] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 836.

[1326] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 841 y 861; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 880.

[1327] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 865, entendió antes de la Ley Foral 21/2019, además de todas las formas notariales, valían por su razón de urgencia el testamento ante párroco (suprimido por dicha norma) y ante tres testigos (ley 189) pero no en forma ológrafa (ley 190) por los peligros de deferirse la herencia de modo diverso al uso de fiduciario-comisario que conlleva su clandestinidad.

[1328] En tal sentido CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 864. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 880.

[1329] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 837 y 865; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 881.

[1330] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 866, entiende que la ejecución en donación es un acto unilateral del fiduciario (RDGRN de 01-07-1920).

como forma de ejecución. Al contrario que en otros derechos forales, no se constriñe el uso de la forma testamentaria al cónyuge, sino a todo fiduciario individual[1331].

4.8.4. Efectos de la ejecución de la fiducia.

a) CÁMARA LAPUENTE[1332] fija en la aceptación por el beneficiario de la ejecución de la fiducia el momento de la adquisición, de lo que deduce que el devengo del Impuesto sobre Sucesiones tendrá lugar cuando la herencia sea deferida y aceptada por los herederos y no en el momento de la apertura de la sucesión.

b) Los eventuales beneficiarios de la fiducia, es decir, todo el círculo de elegibles, pueden impugnar las decisiones del fiduciario comisario en cuanto a la elección (por no ajustarse a los parámetros fijados por el causante) y a la administración de los bienes (en defensa de posibles derechos ulteriores) ante los tribunales ordinarios, y en su caso, ante los Parientes Mayores[1333]. Pero si el causante confirió al delegado el máximo margen de arbitrio nada podrán objetar, como tampoco lo podrían haber hecho frente al primero.

c) Los fiduciarios deben hacer las designaciones en testamento o en escritura pública; en este último caso serán irrevocables, salvo ciertas donaciones "propter nupcias" que no hayan sido aceptadas (ley 286).

4.8.5. Repesca. Según CÁMARA LAPUENTE[1334] aunque la ley 286 no lo establezca expresamente, no hace violencia al contenido de la misma, entender el que el fiduciario-comisario puede reiterar el llamamiento en caso de devenir ineficaz. Sin embargo, la ley 288, modificada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril parece dar la solución contraria: "Imposibilidad de ejecución. Si por (…) cualquier otra causa, la designación de heredero o donatario universal por los fiduciarios no llegara a realizarse y tampoco fuere posible la designación por los Parientes Mayores, podrán pedir que se les declare herederos, los hijos por su orden de edad, o, en defecto de estos, y siempre que se trate de la transmisión de la Casa, el mayor de los demás descendientes que viviera en la misma, siempre que, tanto en uno como en otro caso, no hubiesen sido excluidos ni hubieran renunciado. Si ninguno lo pide, se abrirá la sucesión legal".

*4.9. Extinción de la ordenación de la sucesión por el fiduciario-comisario.* Prevé la ley 288 la imposibilidad de ejecución. "por fallecimiento, renuncia, imposibilidad o cualquier otra causa…", la ley 284 añade como causa la crisis del matrimonio o la

[1331] Pero mientras para CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 865, el fiduciario-comisario puede utilizarlo su propio testamento o no como vehículo de ejecución, para NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 881, debe utilizar testamentos separados para la propia sucesión y para la delegada.

[1332] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 836 y 867.

[1333] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 841; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 880; STSJ de Navarra, de 20-06-2006.

[1334] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 870.

pareja estable. Puesto que la citada ley habla de "imposibilidad de ejecución", las causas de extinción son "numerus apertus" en opinión de la doctrina[1335].

4.9.1. Causas de extinción.

a) Al expirar el plazo establecido para su ejercicio. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO y CÁMARA LAPUENTE[1336] destacan que si el causante no establece plazo alguno para la ejecución, no lo tiene el fiduciario-comisario. Por el contrario NANCLARES VALLE[1337] entiende que a falta de plazo concreto establecido, la remisión de la ley 285 a la ley 144 obliga al fiduciario-comisario a tomar la decisión "en el plazo más breve posible, según la naturaleza de la cuestión, si bien, cuando se trate de la elección de heredero entre los hijos u otras personas llamadas genéricamente, no estarán obligados a elegir mientras no tome estado o llegue a la mayoría de edad la menor de las personas llamadas. Se pregunta CÁMARA LAPUENTE[1338] si los interesados podrían solicitar al juez que el fiduciario-comisario ejercitase sus funciones electoras y entiende que no, en virtud de la tradicional libertad civil y la analogía con lo dispuesto en la ley 297 CDCFNavarra, salvo supuestos manifiestos en que la elección ya debía haberse efectuado. Y admite la prórroga concedida por unanimidad de los presuntos llamados.

b) Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al comisario (ley 288 CDCFNavarra)[1339]. Para CÁMARA LAPUENTE[1340] los fiduciarios-comisarios no podrán ejercitar sus funciones si son declarados pródigos[1341] o concursados, al tener restringida su capacidad de obrar y demostrarse así su ausencia de probidad respecto a tomar decisiones patrimoniales propias o ajenas. Igualmente para dicho autor la incapacitación judicial por enfermedad mental le imposibilita el ejercicio del cargo fiduciario mientras se encuentre en tal estado.

c) En el caso de cónyuge-comisario, se extingue la fiducia por separación (judicial), divorcio o nulidad matrimonial, después de otorgada dicha fiducia, desde el

---

[1335] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 881; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 884.

[1336] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, pp. 56. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 871

[1337] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 879 y 882.

[1338] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 883.

[1339] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 841: la premoriencia a la ejecución de todo el círculo de posibles beneficiarios y, salvo que se haya establecido suplentes, la fiducia se extingue (SAT de 22-06-1880) y entrarían en juego las reglas de la ley 288 para este supuesto. También cita el empate de voto en las fiducias colectivas, de lo que discrepa NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 878, para el que la referencia de las leyes 144 y 283 a los Parientes Mayores es que se recurra al mecanismo de esta última institución para elegir un fiduciario-comisario que rompa el empate.

[1340] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 850.

[1341] Figura desparecida del Código civil tras la reforma de éste por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

momento de interposición de la demanda (ley 284 CDCFNavarra)[1342], si bien para CÁMARA LAPUENTE[1343] (cfr. ley 281 CDCFNavarra) cabe disposición en contrario del comitente. La reconciliación posterior de los separados judicialmente no rehabilita la fiducia. Al contrario, la separación de hecho no la inhabilita, a salvo el derecho a revocarla que tiene el comitente[1344]. La separación de la pareja estable también extingue la fiducia, salvo por matrimonio entre sus miembros[1345].

d) Cuando el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, constituya pareja estable o lleve vida marital de hecho (ley 284, pfo. 2º)[1346].

e) Por renuncia. Para CÁMARA LAPUENTE[1347] la declaración expresa y formal de aceptación del fiduciario no es necesaria y en la práctica no la habrá normalmente de forma separada a la propia ejecución del encargo y es innecesario requerirle porque puede cumplir el encargo en su propio testamento. Pero si se le asignó, además de las funciones electoras, funciones de gestión, administración o disposición del patrimonio hereditario es conveniente requerirle al efecto. En tal caso, según dicho autor, por analogía con el CDCFAragón si expirado el plazo concedido judicialmente, no acepta, se entiende renuncia al cargo (al igual que en la LDCV). Como excepción, si los fiduciarios-comisarios son los Parientes Mayores, podrán renunciar y negarse a intervenir alegando causa que impida o dificulte gravemente su función (leyes 143 y 282).

f) Por incurrir el fiduciario-comisario respecto al causante o a sus descendientes en causa de indignidad o desheredación[1348].

g) Mala conducta. "Ahora bien, sí será posible acudir al Juez para remover al fiduciario-comisario que sea administrador de la herencia y solicitar el final de la situación de pendencia, cuando se muestre una mala gestión de los bienes, que, de

[1342] Novedad introducida por la Ley Foral 21/2019, pues antes se exigía no sólo sentencia, sino que, además, fuere firme. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 853 y NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 877, interpretaron la regulación anterior a la reforma de 2019 de modo que anticipaban la extinción de la fiducia a la interposición de la demanda fundándose en que la base de la institución, la confianza, había desparecido. Curiosamente, no se ha aprovechado para regular la separación o divorcio notariales.

[1343] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 852.

[1344] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 854.

[1345] Otra novedad de la Ley Foral 21/2019 siguiendo la línea marcada por CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 854.

[1346] La Ley Foral 21/2019 incorporó esta causa, inexistente anteriormente, pues como dijo CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 852, no se podían aplicar analógicamente a la fiducia las causas de extinción del usufructo de viudedad. También antes de la reforma, a favor de la admisión de la causa, NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 878.

[1347] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 836.

[1348] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 850 y 873. Cfr. ley 270 FN. Así, la STS de 20-02-1963.

perdurar, podría poner en peligro la herencia y acarrear a ésta daños notorios (argumento ex 260)". La infracción de los límites del encargo fiduciario, por incumplir los criterios expresados por el comitente (incluida la auto asignación no tolerada)[1349].

h) Por las causas previstas en el propio encargo, lo que se deduce del principio de subsidiariedad.

i) Por revocación, que puede ser tácita según NANCLARES VALLE[1350] cuando previamente el causante haya dispuesto de toda su herencia de manera definitiva e irrevocable, como sucede en caso de pacto sucesorio con entrega actual de bienes al heredero, o por otorgar el comitente un instrumento sucesorio posterior en el que ordene aquellos aspectos de la sucesión que habían sido delegados en el fiduciario-comisario. Añade CÁMARA LAPUENTE[1351] el supuesto de que el comitente designe a un nuevo fiduciario, salvo que quede clara su voluntad de que actúen de forma conjunta o sucesiva.

j) Por consumación[1352].

4.9.2. Efectos de la extinción. No son retroactivos, de modo que, una vez ejecutada la fiducia, la sobrevenencia de causas de extinción no afectará a la ejecución (CÁMARA LAPUENTE[1353]). La ley 288 dispone en tal caso una serie de mecanismos sucesivos para evitar la sucesión abintestato: "Si por fallecimiento, renuncia, imposibilidad o cualquier otra causa, la designación de heredero o donatario universal por los fiduciarios no llegara a realizarse y tampoco fuere posible la designación por los Parientes Mayores, podrán pedir que se les declare herederos, los hijos por su orden de edad, o, en defecto de estos, y siempre que se trate de la transmisión de la Casa, el mayor de los demás descendientes que viviera en la misma, siempre que, tanto en uno como en otro caso, no hubiesen sido excluidos ni hubieran renunciado. Si ninguno lo pide, se abrirá la sucesión legal". CÁMARA LAPUENTE[1354] recuerda que la imposibilidad de ejecución a tenor de la SAP de Navarra de 18-10-1999, debe acreditarse para que sean exigibles los remedios de la ley 288.

### 5. Los herederos de confianza en la CDCFNavarra.

*5.1. Concepto de heredero de confianza.* Conforme a la ley 289 CDCFNavarra "El testador puede instituir herederos de confianza o fiduciarios a personas individuales o jurídicas a quienes faculte para hacerse cargo de toda o parte de la herencia a (sic.) disponer de ésta conforme al destino expresado en las instrucciones escritas o verbales que confidencialmente les haya dado". Es una figura que permiten la legislación navarra

[1349] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 871 y 873.
[1350] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 874.
[1351] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 394.
[1352] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 884.
[1353] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 852.
[1354] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 882.

y catalana (art. 426 CCCataluña) y prohíbe, desatendiendo la tradición romanística, el art. 785.4º CC[1355].

Pero esta definición es insuficiente para HUALDE MANSO[1356] por el carácter polisémico del término "fiducia", por lo que define la institución como la designación "en el testamento a un heredero o a un legatario a quien por tanto se le confiere una titularidad a título universal o singular en el propio testamento pero con el encargo de transmitir lo recibido a quien confidencialmente haya designado el disponente o de aplicar los bienes a un fin asimismo no manifestado".

De manera más simple, CÁMARA LAPUENTE[1357] define la herencia de confianza como un supuesto de interposición real y transitoria de persona para el cumplimiento de unos determinados fines.

*5.2. Naturaleza jurídica del heredero de confianza.* PUIG FERRIOL y CÁMARA LAPUENTE[1358] desgranan la multitud de teorías sobre la figura. La doctrina señala la similitud de la institución de la herencia de confianza navarra con el "trust" anglosajón[1359].

Aunque se trata de "una persona interpuesta en la sucesión de bienes"[1360], su forma de manifestarse es diferente en la herencia de confianza ordinaria (ley 290 CDCFNavarra) y en la fiducia continuada (ley 292 CDCFNavarra).

---

[1355] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 539.

[1356] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 887: Objeta que si bien el heredero de confianza ostenta una titularidad fiduciaria, no deriva tal titularidad de un negocio fiduciario "inter vivos" sino sólo en el sentido de incluso dentro del gran grupo de fiduciarios, desde esta figura al albacea, que definió la STS de 30-10-1944 y, particularmente para explicar por analogía el desmembramiento de la titularidad sobre el patrimonio hereditario entre una titularidad formal vicaria y una material sobre el mismo que en definitiva se consolidará. Igualmente denuncia que la utilización del vocablo "fiduciario" para el heredero de confianza conlleva el peligro de confundirlo con el fiduciario de una sustitución fídeicomisaria.

[1357] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 507-508.

[1358] PUIG FERRIOL, Luis, "Las herencias de confianza en la Compilación", obra cit., pp. 342 y ss. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVII, Vol. 2º, obra cit., pp. 850 y ss.: a) Asimilación a un testigo cualificado. Un testigo único y especialísimo que revela la voluntad del testador. b) Asimilación a un "purus minister", intermediario y ejecutor. El confidenciario es tan sólo un eslabón en la cadena transmisiva, un depositario o custodio de tales bienes, los cuales de esta forma indirecta, a través suyo, llegan al beneficiario deseado por el testador. c) Asimilación a un heredero puro. Pero el heredero de confianza se diferencia en que es un heredero formal o aparente, de cara a los terceros pero esa titularidad que no revierte en su propio beneficio, puesto que no se apropia finalmente de los bienes, que tiene otro destinatario; transitoriedad de esa posición jurídica. d) Asimilación a un administrador. e) Asimilación a un representante, pero el confidenciario no representa a los herederos, legatarios ni acreedores, tampoco al alma.

[1359] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1350, NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 893, HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 905, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 1314

[1360] STSJ de Navarra (Civil y Penal), de 10-12-1991.

5.2.1. La herencia de confianza ordinaria se caracteriza por la "transmutación"[1361] del heredero de confianza (ley 291): el causante atribuye al confidenciarlo los bienes formal o externamente de manera que aparece como una titularidad pura, más o menos limitada internamente según los fines queridos por el testador. De este modo, hasta la revelación de la confianza el confidenciario es tal heredero (o legatario) y tras su externalización un albacea o ejecutor testamentario. La garantía del secreto de la encomienda es que si los interesados impugnaran el nombramiento del confidenciarlo, éste deviene heredero puro (ley 292, último pfo.)[1362]. Ahora bien, cuando el delegado proceda a la ejecución sin revelar previamente la confianza recibida o ésta no consista en la transmisión de bienes, seguirá ostentando su titularidad, hasta dicha revelación. Es decir, no tendrá lugar dicha transmutación[1363].

5.2.2. La fiducia continuada (ley 292 CDCFNavarra). La esencia de la institución es la consecuención de fines más perdurables que en la herencia de confianza ordinaria. Así, que la revelación de la confianza no priva al fiduciario de la administración y disposición de los bienes, pues la herencia se constituye como un patrimonio autónomo, que no es propiedad de los confidenciarios, en el que la sucesiva subrogación de éstos y revelación entre ellos del cometido es esencial[1364]. HUALDE MANSO[1365] opina que la fiducia continuada, es una «figura intermedia entre la herencia de confianza y la fundación», constituye un concepto jurídico que abre un amplio abanico de posibilidades la práctica jurídica de servicios jurídicos fiduciarios» y achaca al recelo del legislador, sea este estatal o navarro, al tratamiento fiscal.

*5.3. Caracteres del heredero de confianza.*

5.3.1. 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

[1361] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 895.

[1362] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 892; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 705 y 908 y ss.; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887; SALINAS QUIJADA, francisco, *Compendio de derecho civil navarro*, obra cit., pp. 189; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 60; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2ª ed., pp. 595, quien invoca la RDGRN de 27-10-1926 y las STS de 02-11-1944 y 06-03-1962.

[1363] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 895, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 526 y 570-571.

[1364] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 893, HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 899 y ss. Explican estos autores que la fiducia continuada tiene su parangón en la donación fiduciaria (ley 164 CDCFNavarra), un acto gratuito de liberalidad «inter vivos» con una carga de cumplimiento periódico, o de tracto sucesivo para lo que el disponente nombra donatarios de confianza sucesivos con el fin de asegurar la ejecución de la carga. La diferencia para dicha autora es que en la donación fiduciaria no hay patrimonio autónomo sino donatarios plenos propietarios que se van subrogando aunque con la obligación o carga de ejecutar un determinado comportamiento. Respecto de la fundación (ley 42 CDCFNavarra), aparte de la carencia de personalidad jurídica de la fiducia colectiva, ésta puede tener cualesquiera fines y no sólo altruistas como aquélla.

[1365] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 908.

el mismo del encargo confiado[1366] con una correspondiente inexigibilidad por los sucesores presuntos[1367]. El contenido de su cometido se mantiene oculto, al menos en lo fundamental, a través de la disposición testamentaria (ley 289 y 293.4 CDCFNavarra). Dicho secreto del testador se refiere al contenido del encargo dado al confidenciarlo (ley 290), no a la existencia pública de la figura. Se trata por tanto de una confianza relativamente secreta. "Cuando lo que queda oculto y secreto es la existencia misma del encargo, y sólo el disponente y el confidenciario saben que la cualidad de heredero es sólo el velo que esconde la verdadera atribución sucesoria y es vehículo para que esa transmisión se produzca, nos encontraremos ante una figura distinta, ante un heredero estricto al que se le añade unos ruegos reservados"[1368].

5.3.2. Sujeción a la confianza depositada, o ausencia de discrecionalidad o sujeción fiel del fiduciario (confidenciario) a las instrucciones u órdenes secretas del causante, que sin embargo, nadie podrá comprobar[1369].

5.3.3. Revocabilidad. Aunque puede otorgarse en pacto sucesorio (ley 295 CDCFNavarra, novedad introducida en 1973, sin arraigo histórico), indica HUALDE MANSO[1370] que la esencia de la herencia de confianza repudia en la práctica los

[1366] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 888; HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 930; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 661.

[1367] 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, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 1355 a 1366, la expresión de la ley 293.4 CDCFNavarra "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. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. ed. 2011 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".

[1368] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 888 y 889; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 706.

[1369] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 888; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887. Indica este autor, obra cit., pp. 888, que confidenciario no pueda autoatribuirse los bienes ni destinarlos a satisfacer sus propios intereses, que (STS de 30-10-1944) la revelación de la confianza deje de surtir pleno efecto siempre que medien circunstancias adversas a la verosimilitud de lo adverado por el confidenciario o cuando se revela una confianza no verdadera, como (STS de 17-03-1906), en el que los herederos declararon la confianza a favor de ellos mismos, resultando entonces acreditado que falla la base misma de la institución fiduciaria. En el mismo sentido RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1355. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., reseña las STS de 25-02-1905 (pp. 906) y 30-06-1914 y 02-10-1916 (pp. 933).

[1370] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 913.

caracteres de "bilateralidad y exigibilidad" de todo pacto, pues la libertad del fiduciario para cumplir el encargo (ley 291 CDCFNavarra) es la esencia de la institución. El nombramiento de heredero de confianza en testamento de hermandad o mancomunado (leyes 199 a 205 CDCFNavarra), será revocable siempre en vida de los testadores y tras la muerte de uno si su nombramiento no fue una disposición correspectiva.

5.3.4. Voluntario, pues debe aceptar como tal heredero para que la institución entre en vigor[1371], y como tal irrenunciable una vez hecha, aunque mediante la revelación de la confianza cesa en tal carácter de heredero.

5.3.5. Carácter no personalísimo del cargo, de modo que (ley 292 CDCFNavarra), si el testador lo hubiere autorizado expresamente, el heredero de confianza podrá, por acto *mortis causa*, delegar su función total o parcialmente en otra u otras personas, bien revelando la confianza, bien transmitiendo reservadamente, de palabra o por escrito, las instrucciones recibidas del testador. Claro que al poder hacerse la delegación por pacto sucesorio (ley 295 CDCFNavarra) o donación fiduciaria nombrando sucesivos donatarios de confianza (ley 164) no se supone que la revelación de la confianza deba tener lugar necesariamente ni tras la muerte del primer instituido, ni siquiera tras la muerte del ordenante. El delegado "se subroga en el cargo" (art. 150.2 CDCFNavarra) sin que exista transmisión de los bienes hereditarios del confidenciario al delegado (ley 293.2 CDCFNavarra). El confidenciario no responderá de los actos del delegado pero sí de los de aquellas personas que el confidenciario hubiere nombrado no ya para sustituirle, sino para ayudarle en la tarea. En la fiducia continuada (ley 293 CDCFNavarra) la subrogación no es que no sea sólo autorizable por el causante, es que es la esencia de la institución[1372].

5.3.6. Subsistencia de patrimonios separados, de modo que no ha lugar a confusión patrimonial, aunque dicho efecto sólo se declara expresamente para la fiducia continuada (ley 293.2 CDCFNavarra), de modo que el patrimonio hereditario queda sustraído a la acción ejecutiva de los acreedores personales del fiduciario y a los derechos de sus causahabientes[1373]. Y por dicha razón puede reintegrarse al confidenciario de los gastos que haga a favor de dicho patrimonio hereditario que gestiona[1374].

---

[1371] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887 y SAP de Navarra, sec. 3ª, de 19-11-1997.

[1372] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 902 y 903; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 893; SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *Compendio de Derecho Civil Navarro*, obra cit., pp. 189.

[1373] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 896; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 889; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones,* Tomo II, obra cit., pp. 598; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 775.

[1374] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 963; HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 910.

5.3.6. Naturalmente retribuido conforme a la ley 294 CDCFNavarra: "Retribución. El heredero fiduciario, aunque haya recibido cualquier liberalidad del testador, se entenderá facultado por el mismo, de no haber éste dispuesto otra cosa, para asignarse con cargo a la herencia o a sus frutos la retribución que estime adecuada a su trabajo"[1375].

5.3.7. La dispensa de la obligación de manifestar el contenido del encargo implica también la dispensa legal de rendir cuentas por su gestión, lo que no le exime de responder de su mala administración del patrimonio hereditario del causante[1376].

*5.4. Clases de herederos de confianza.*

5.4.1. Por el número de confidenciarios. El nombramiento puede recaer en un solo confidenciarlo o en varios que, si otra cosa no dispone el causante, actuarán por mayoría (ley 292 CDCFNavarra).

5.4.2. Por su duración. Asimismo, se distingue la herencia de confianza ordinaria de la "fiducia continuada" prevista en la ley 293 CDCFNavarra, que como vimos antes se diferencia de la primera en que busca un fin perdurable en el tiempo, más allá de la revelación de la confianza.

*5.5. Requisitos de la ordenación de la sucesión mediante heredero de confianza.*

5.5.1. Requisitos subjetivos. a) Causante. (i) Legitimación. indica NANCLARES VALLE[1377] que el otorgante ha de tener vecindad civil navarra. También es posible con otro punto de conexión que así lo permita conforme al Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo[1378]. (ii)

[1375] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 908; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 887; SALINAS QUIJADA, Francisco, *Compendio de Derecho Civil Navarro*, obra cit., pp. 189. A RIVAS MARTÍNEZ, JUAN-JOSE Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1352 le llama poderosamente la atención que el heredero de confianza pueda autoasignarse una retribución, con el consiguiente peligro de abusos.

[1376] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 891 y 897; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 860.

[1377] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 928. Aunque cita la SAP de Navarra, sec. 1ª de 16-01-2012 (en el mismo sentido, la SAP de Navarra, sec. 2ª, de 08-04-2013) que da validez a la institución también cuando, ostentando el causante otra vecindad civil en el momento de testar, adquiera con posterioridad la vecindad civil navarra, siendo ésta la que rige su sucesión y subsanándose así la ineficacia inicial de la que adolecía. Resulta chocante porque si bien la D.Tª.2ª. CC mantiene la validez de actos otorgados con arreglo a la legislación anterior aunque no lo permita la nueva, el supuesto inverso, el régimen aplicable a los actos o contratos que fueran nulos bajo el Derecho anterior, pero que serían válidos y eficaces según el Derecho nuevo, no tiene previsión en las D.Tª.2ª del CC (STS Sala 1ª de 17-09-2007) por lo que es claro que un acto nulo (según el Derecho anterior) no puede quedar sanado por el mero efecto del cambio legislativo, salvo previsión expresa de la norma, y siempre con respeto a las reglas de la cosa juzgada, pero permitirá la reproducción o la renovación del acto, con los efectos que le concede la nueva ley". Llegando la STS, Sala 1ª, de 14-10-2008 a considerar nulo el testamento otorgado sin observar un requisito exigido al tiempo de testar aunque suprimido por una modificación legislativa vigente al tiempo de abrirse la sucesión.

[1378] En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia,

Capacidad. La capacidad para testar, 14 años salvo en testamento ológrafo, que exige la mayoría de edad (ley 184 CDCFNavarra), que también es precisa para el pacto sucesorio (ley 173), aunque basta la emancipación para su otorgamiento en capitulaciones matrimoniales (leyes 48, 83 y 173). b) Heredero de confianza. (i) Legitimación. Conforme a la ley 289 pueden ser herederos (o legatarios[1379]) de confianza en una o varias personas físicas y jurídicas[1380]. (ii) La capacidad requerida será la de cualquier heredero[1381]. c) Beneficiarios. La revelación de la confianza y su ejecución producirá los efectos del llamamiento a título universal o particular que corresponda, siendo la práctica general la institución de heredero a favor del sucesor final[1382]. Es en tal momento de la revelación de la confianza o del ejercicio de la misma sin revelarla cuando los beneficiarios deberán tener la capacidad correspondiente por ser el tiempo de la delación a su favor[1383]. Si se ejecuta la confianza sin revelarla, el beneficiario no es sucesor *mortis causa* del causante[1384], luego, concluyo yo, no responde personalmente de sus deudas.

5.5.2. Requisitos reales. PUIG FERRIOL indica que (como en la tradición romanística, en mi opinión) la herencia de confianza es el medio para eludir disposiciones restrictivas de derechos: hijos ilegítimos, mejorar al cónyuge, etc[1385]. HUALDE MANSO[1386] también apunta que, aparte del contenido patrimonial, las finalidades a perseguir por el causante con la utilización de esta figura rebasan con mucho a la sola designación del auténtico heredero, como el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, reconocimiento de deudas, cumplimiento de obligaciones de conciencia, destinos benéficos, memorias políticas. Pero señala dicha autora que la

---

pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Cfr. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[1379] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2ª, obra cit., pp. 589.

[1380] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 71; HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 890, destaca la norma prohibitiva de confidenciarios personas jurídicas en derecho catalán. Para esta autora la principal ventaja de la persona jurídica será la profesionalización de la gestión de patrimonios, finalidad que Derecho navarro puede lograrse mediante la fiducia continuada (ley 293 CDCFNavarra). Añade que parece que existe en Derecho navarro inconveniente para que el causante pueda designar a una persona "per relationem" al cargo que ocupa, pues la misma indeterminación existe en ella que en el caso de instituir directamente a la persona jurídica. En este último discrepa ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 596, que exige su nominación.

[1381] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 890.

[1382] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 924.

[1383] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit, pp. 922.

[1384] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 889. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 927.

[1385] PUIG FERRIOL, Luis, "Las herencias de confianza en la Compilación", obra cit., pp. 340.

[1386] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 888.

herencia de confianza podrá devenir ilícita y fraudulenta cuando se emplee para eludir las prohibiciones legales como puede suceder con las incapacidades para suceder. En este sentido, se echa de menos un precepto como el art. 424-15 CCCataluña, conforme al cual, las instituciones de heredero y los legados de confianza caducan si la confianza no puede cumplirse por el hecho que resulta desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable. Caducan igualmente en la parte en que la confianza resulte afectada por alguna de estas circunstancias.

Se suele señalar que el encargo a las personas jurídicas, podría resolverse por medio de la exigencia de que las instrucciones dadas por el comitente sean necesariamente escritas como medio para garantizar la fidelidad a la voluntad sucesoria a pesar del cambio en los gestores de la institución[1387].

Puede darse que la revelación pueda descubrir a unos destinatarios concretos, auténticos sucesores del causante, o bien explicitar unos fines que no impliquen la transmisión de una titularidad mortis causa en la herencia del finado en favor de personas concretas, en cuyo caso el cargo de albacea que asume el confidenciario es de la máxima importancia[1388].

5.5.3. Requisitos formales. El otorgamiento de la herencia de confianza ha de constar en testamento[1389] o pacto sucesorio (ley 295), capitulaciones matrimoniales (ley 85[1390]) e incluso donación "mortis causa"[1391]. No obstante advierte CÁMARA LAPUENTE[1392] que los pactos sucesorios no casan bien como medio de ordenar la herencia de confianza, pues ni la confianza como obligación moral o metajurídica casa con la eficacia vinculante propia del pacto sucesorio, ni la posibilidad de retirar dicha confianza se compadece con la irrevocabilidad propia del contrato sucesorio, ni la transmisibilidad automática de la cualidad de heredero contractual en caso de premoriencia del instituido al causante es coherente con la esencia del cargo del confidenciario.

*5.6. Efectos pendientes la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* Las facultades del confidenciario serán las propias de todo heredero, que adquiere por la aceptación (si repudiase se abriría la sucesión intestada, ley 293[1393]),

[1387] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 890; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 888; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "*La fiducia sucesoria secreta*", obra cit., pp. 776; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de Sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1349.

[1388] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 917 y 918.

[1389] Pero no en codicilo ni en memorias testamentarias según CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 741 a 746, puesto que en dichos instrumentos no cabe el nombramiento de heredero. En cambio, no descarta el nombramiento de heredero de confianza por un comisario.

[1390] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 721.

[1391] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 929, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. pp 589, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 756.

[1392] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 721 y ss.

[1393] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 901. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit, pp. 882.

pero con sujeción al fin de cumplir la confianza. El instituyente puede especificar, ampliar o limitar dichas facultades. Su status se caracteriza por[1394]: a) la responsabilidad limitada por las deudas de la herencia (ley 318 CDCFNavarra); b) posibilidad de inscripción registral de su titularidad ex art. 2.3º LH[1395]; c) representación judicial y extrajudicial de la herencia; d) posesión de los bienes hereditarios; e) administración dela herencia; f) disposición a título oneroso o gratuito de dichos bienes hereditarios[1396]. Y g) destaca ROCA-SASTRE MUNCUNILL[1397] que, al contrario que en Cataluña (cfr. art. 424-12.1 CCCataluña) el heredero de confianza navarro no esta obligado a formar inventario de los bienes del causante.

*5.7. Ejecución de la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.* Conforme a la ley 291 CDCFNavarra el confidenciario se transforma en un ejecutor testamentario cuando revela el encargo o confianza recibida, momento en que asume todas las facultades de albacea, contador-partidor y representante de la herencia, las cuales podrá ejercitar sin limitación de tiempo, a no ser que el testador le hubiere señalado plazo. Como vimos antes, este acto de la revelación de la confianza determina la naturaleza y efectos de la herencia de confianza, pues cabe ejecución sin revelación o revelación sin transmitir bienes[1398].

5.7.1. Requisitos:

a) Requisitos subjetivos. Salvo disposición en contrario, el heredero fiduciario no está obligado en momento alguno a revelar la confianza recibida ni a dar cuenta de su gestión. Cuando, por razón de los plazos establecidos en la legislación fiscal, el fiduciario tuviere que declarar la confianza, será suficiente una indicación genérica de la misma. El testador puede disponer que, en caso de contienda sobre la eficacia de la institución o sobre la gestión del heredero fiduciario, sea éste considerado heredero puro y simple (ley 290 CDCFNavarra)[1399]. La actuación de varios confidenciarios, salvo

[1394] E inscribir los inmuebles a su favor, generalmente transcribiendo en la hoja registral la cláusula fiduciaria. NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 931; HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 896 a 898; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 601; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 876.

[1395] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 601.

[1396] 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. 898 y NANCLARES VALLE, Javier, "*Tratado de Derecho de Sucesiones*", obra cit., pp. edición 2016, pp. 931 opera la subrogación real en lo adquirido en enajenación onerosa. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 1012, está de acuerdo. Además, entiende que el heredero de confianza no puede transmitirse bienes a su favor so capa de que es en cumplimiento de la confianza pues repugna a su carácter de mera persona interpuesta. La enajenación en propio favor o a terceros fuera del rango de la confianza depositada sería nulo, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe.

[1397] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, 2ª ed., obra cit., pp. 601.

[1398] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 891; NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 932; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 925,

[1399] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 890; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La*

disposición en contrario del causante, tendrá lugar por mayoría de los que vayan quedando (ley 292 CDCFNavarra) con posible recurso a los Parientes Mayores en caso de bloqueo[1400].

b) Requisitos objetivos. La ley 291 CDCFNavarra regula la actuación tanto para la ejecución de la confianza como para los actos de administración y representación al establecer que "Una vez manifestada la confianza, se le considerará, respecto a los bienes comprendidos en la institución, como ejecutor de la voluntad del testador, con todas las facultades de albacea, contador-partidor y representante de la herencia, las cuales podrá ejercitar sin limitación de tiempo, a no ser que el testador le hubiere señalado plazo". Cuando la confianza no es revelada, el fiduciario no se transforma en albacea según tal precepto, luego sería posible el nombramiento judicial de un albacea dativo[1401].

c) Requisitos formales. Aunque no hay precepto al efecto la doctrina entiende que la atribución a favor de los sucesores finales se formalice en escritura pública, por analogía con otras figuras de delegación de actos de elección personalísimos (ley 141 CDCFNavarra para los Parientes Mayores y ley 282 para el fiduciario-comisario)[1402]. Al contrario que el art. 19 CDCBaleares y como el art. 424-3 CDCCat no se exige que se exprese en el instrumento de ejecución que se hace uso de la herencia de confianza[1403].

5.7.2. Efectos de la la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza. Conforme a la ley 291 CDCFNavarra, una vez manifestada la confianza, el confidenciario deja de ser heredero y pasa a ser ejecutor de la voluntad del testador. Los beneficiarios tendrán desde entonces acción para exigir su llamamiento[1404], cuyos derechos se entienden adquiridos desde la fecha del fallecimiento del causante por este

---

*fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 1166 y ss.: Por defecto el confidenciario no tiene obligación con persona alguna respecto a la comunicación de su encargo. Pero el disponente puede obligarle a hacerlo (cuando considere que la exteriorización de la voluntad sucesoria del causante es un mecanismo de eficacia de su cumplimiento), o prohibir la revelación, cuyo incumplimiento sería esgrimible (también ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 600). La garantía del secreto es que si los interesados impugnaran el nombramiento del confidenciarlo, éste deviene heredero puro, en cuyo caso lo es con todas sus consecuencias a la sucesión propia del heredero de confianza y, si el confidenciario muriera sin cumplir el encargo, los bienes pasarían a los herederos de éste y no a los del instituyente. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 930 indica que la purificación del cargo del fiduciario y su conversión en heredero pleno tiene sentido en la confianza que en el instituido deposita el causante pues aquél cumplirá el encargo pese a haberse convertido en heredero simple, acabará distribuyendo los bienes que integraban la herencia del causante de la forma querida por éste.

[1400] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 901; NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 932.

[1401] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 902; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 829.

[1402] HUALDE MANSO, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 903; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 846.

[1403] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 925.

[1404] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 934.

mero hecho y sin necesidad de que dichos beneficiarios acepten, pero sin perjuicio de poder repudiar su delación (ley 315 CDCFNavarra)[1405]. No obstante gozan de la aceptación legal a beneficio de inventario (ley 318 CDCFNavarra). Ni la revelación, ni la transmisión o adquisición de la calidad de heredero por el destinatario, ni los actos de ejecución de la confianza revelada necesitan de una causa específica e independiente de la voluntad sucesoria del causante[1406].

*5.8. Extinción de la ordenación de la sucesión por el heredero de confianza.*

5.8.1. Causas. La principal causa es el cumplimiento total del encargo o consumación, lo que es difícil de probar[1407]. Ni la revelación de las instrucciones, ni la desaparición de la persona del fiduciario es causa de extinción de la herencia de confianza[1408]. Pese al silencio legal, a similitud del heredero de confianza sujeto a la legislación catalana (art. 424-15 CCCataluña), la imposibilidad de cumplimiento de la confianza es causa de extinción del cargo según la doctrina[1409].

5.8.2. Efectos. Como criterio legal subsidiario de que otra cosa disponga el causante, la herencia se deferirá a los herederos legales del mismo en el momento de concurrencia de la causa de extinción de la fiducia (ley 300)[1410]. Los destinatarios lo serán a título de simples herederos. No obstante CÁMARA LAPUENTE[1411] admite que se "repesque" el llamamiento frustrado si la ejecución fue parcial o el confidenciario se reservó volver a hacer adjudicaciones para dicho supuesto.

## 6. Los apoderados "post mortem" en la CDCFNavarra.

*6.1. Concepto de apoderado "post mortem".* La ley 150, pfo. 2º CDCFNavarra establece "Poder "post mortem". El poder otorgado por el causante para después de su muerte será válido en tanto no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como ejecutor de su voluntad, y siempre sin perjuicio del total cumplimiento de la gestión encomendada al apoderado".

---

[1405] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 924,

[1406] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 921.

[1407] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. alude a las STS de 25-02-1905 (pp. 906) y 30-06-1914 y 02-10-1916 (pp. 933).

[1408] 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; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 1344; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común y foral*, obra cit., pp. 1355.

[1409] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 936.

[1410] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 936. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 923.

[1411] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 923.

*6.2. Caracteres del apoderado "post mortem"*. Para NANCLARES VALLE y MEZQUITA DEL CACHO[1412] es un verdadero apoderado para después de la muerte del causante fundamentalmente para la gestión, ejecución, pero para no ordenación de la herencia. Según el primer autor citado[1413], la regulación que nos proporciona la ley 151 CDCFNavarra es escasa y ha de completarse con el párrafo primero de su ley 559, "el mandatario queda obligado a cumplir el encargo que se le encomendó para después de morir el mandante".

DORS PEREZ-PEIX[1414] admite que aunque sirve para hacer donaciones con cargo a la herencia, de hecho, suele utilizarse con el fin de precaver la integridad de la herencia, autorizando al apoderado para hacerse cargo de los bienes sin tener que esperar que otras personas puedan intervenir en la misma. Es decir, el ámbito temporal del apoderado *post mortem* es el interregno entre el óbito del causante y la actuación de los administradores de la herencia, sean herederos, albaceas, etc.

Según MEZQUITA DEL CACHO[1415] "Generalmente ese apoderamiento viene asociado a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en cuyo caso, el alcance del poder ha de interpretarse estricta, no extensivamente. Es el caso del instituido fiduciario con facultad para disponer sólo de un modo determinado, La SAT de Pamplona de 4 de marzo de 1985 consideró por ello que fiduciario autorizado para disponer por actos entre vivos no lo estaba en modo alguno para otorgar ninguno por causa de muerte".

*6.3. Extinción del apoderado "post mortem"*. Conforme a la ley 151 pfo. 2º CDCFNavarra este poder quedará revocado por otro posterior, incompatible, y también se presumirá revocado por el testamento válido posterior, a no ser que en él aparezca confirmado.

Y a tenor del pfo. 3º de la ley 151, el poder otorgado por el causante para después de su muerte será válido en tanto no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto corno ejecutor de su voluntad. La intepretación de este precepto según DORS PEREZ-PEIX[1416] consiste en que no sólo el causante/mandante puede revocar tal poder; sino la persona que él hubiera designado como ejecutor testamentario, siempre que el mandatario no hubiese cumplido ya el encargo. Éste es el sentido, para dicho autor de la frase "siempre sin perjuicio del total cumplimiento de la gestión encomendada al apoderado". Por el contrario según MEZQUITA DEL CACHO[1417]

---

[1412] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 936. MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis, "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 448

[1413] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 936.

[1414] DORS PEREZ-PEIX, Álvaro, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol.1º, EDERSA, Alcobendas, 1998. ISBN 84-7130-216-0- ISBN 84-7130-920-3, pp. 22 y 23.

[1415] MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis, "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 449.

[1416] DORS PEREZ-PEIX, Álvaro, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol.1º, obra cit., pp. 23.

[1417] MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis, "Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 449.

entiende poco afortunada dicha expresión, que interpreta en el sentido que el apoderado cuyo cargo ha sido revocado no tiene derecho a completar el encargo aunque sólo haya podido cumplirlo en parte, sino que quiere decir que el total cumplimiento previo del encargo enerva la revocación.

### 7. El fideicomiso de elección en la CDCFNavarra.

*7.1. Concepto de fideicomiso de elección.* Dispone la ley 236 CDCFNavarra "Autorización al fiduciario para elegir fideicomisarios. El disponente puede autorizar al fiduciario para elegir libremente el fideicomisario o fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual o desigualmente….".

Como dijimos arriba, para MEZQUITA GARCÍA-GRANERO[1418] se trata de "una sustitución fideicomisaria establecida por el fideicomitente, en la cual el disponente no nombra a los sustitutos fideicomisarios sino indirectamente por medio del fiduciario".

Para ARREGUI GIL[1419] se trata de "unas sustituciones fideicomisarias a favor de personas indeterminadas, que deberá determinar el fiduciario entre las señaladas en conjunto por el disponente-fideicomitente, así como deberá hacer la distribución de bienes".

*7.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso de elección.* GARRIDO MELERO[1420] cita la doctrina italiana sobre el carácter no fideicomisario del fideicomiso con facultad de disposición *mortis causa*, aunque personalmente opina que sí es un tipo de sustitución fideicomisaria cuyos caracteres esenciales se mantienen, a saber, la adquisición plena del patrimonio por el fiduciario en caso de inexistencia por cualquier causa del grupo de los fideicomisarios.

A partir de ahí, aunque es similar al heredero de confianza, se distingue del mismo. Así, según la STSJ de Navarra, Sala 1ª, de 17-03-1993: "el fiduciario no es un simple heredero de confianza, ni tampoco se le puede parangonar con el usufructuario (…) ya que el usufructuario es titular de un derecho sobre cosa ajena, mientras que el fiduciario es verdaderamente heredero y le corresponde el pleno dominio sobre los bienes, si bien limitado por la voluntad del fideicomitente". En sentido similar, NANCLARES VALLE[1421] quien añade que mientras que la frustración de la institución a favor de los llamados secretamente a la herencia de confianza abriría la sucesión legal (ley 300)[1422], la frustración del llamamiento a los fideicomisarios purifica el derecho del fiduciario, quien queda libre de dicha carga (ley 238).

---

[1418] MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 692.

[1419] ARREGUI GIL, José, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º. EDERSA, Alcobendas, 1998. ISBN 84-7130-216-0- ISBN 84-7130-920-3, pp. 1117.

[1420] GARRIDO MELERO, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1011.

[1421] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1108 y 1109.

[1422] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de derecho de sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 936. CÁMARA

También se parece a la fiducia sucesoria, hasta el punto que para ARREGUI GIL[1423] es una mera yuxtaposición de la fiducia sucesoria y la sustitución fideicomisaria. Y para NANCLARES VALLE[1424] también se diferencia de la fiducia porque mientras en las sustituciones fideicomisarias el fiduciario es auténtico heredero, el fiduciario-comisario no lo es.

*7.3. Requisitos del fideicomiso de elección.*

7.3.1. Requisitos subjetivos. Son el fideicomitente, el fiduciario y los fideicomisarios. Al no regularse la capacidad y legitimación de fideicomitenten y fiduciario habrá de traerse a colación lo visto sobre la herencia de confianza. El elegido o elegidos tienen que haber sido nombrados o señalados por el testador al ordenar la sustitución (ARREGUI GIL[1425]) bien nominativamente, bien por alguna o algunas características concretas. La elección puede recaer, por tanto, en una sola de las personas señaladas, en varias o en todas (MEZQUITA GARCÍA-GRANERO[1426]). Las incapacidades relativas de los fideicomisarios de la ley 153 CDCFNavarra han de examinar en relación al fideicomitente (NANCLARES VALLE[1427]).

7.3.2. Requisitos objetivos. a) Facultades del fiduciario de elección o distribución. Según ARREGUI GIL[1428] el contenido de la autorización concedida al fiduciario puede quedar limitado a sólo la facultad de elección del fideicomisario o fideicomisarios, o comprender, también, la facultad de distribución igual o desigual, entre los elegidos. b) Limitaciones. Salvo que el disponente lo hubiere autorizado, el fiduciario no podrá imponer gravámenes o limitaciones a los fideicomisarios, a no ser que resulten en beneficio de otros de los fideicomisarios señalados por el disponente[1429].

---

LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 2º, obra cit., pp. 923.

[1423] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º , obra cit., pp. 1116.

[1424] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1108 y 1109.

[1425] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. 1118.

[1426] MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 693.

[1427] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1111.

[1428] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. . 1119.

[1429] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. . 1119. Deduce dicho autor que si la distribución de los bienes ha de ser efectuada por igual entre los elegidos, la imposición de limitaciones ha de ser también igualitaria. (i) Para MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 693) cuando sean varios los elegidos, tienen que ser llamados a la vez, no de forma sucesiva, pues ello implicaría imponer al último fideicomisario llamado un gravamen que no parece pueda beneficiar a los demás potenciales fideicomisarios nombrados por el disponente con anterioridad. NANCLARES VALLE (NANCLARES VALLE, Javier, "*Tratado de Derecho de Sucesiones*", obra cit., pp. edición 2011, pp. 1109. Entiende por el contrario que conforme a la ley 236 CDCFNavarra el fiduciario puede limitar el derecho del fideicomisario imponiéndole una nueva sustitución fideicomisaria: a favor de alguien distinto al grupo o categoría elegido, cosa que sucederá cuando el disponente lo admita; a favor de los integrantes de ese grupo, salvo prohibición expresa (pues el precepto parece presumir esa posibilidad de llamamientos sucesivos como sustitutos fideicomisarios) Y, el fiduciario podrá nombrar a su vez a un

7.3.3. Requisitos formales. La ordenación de un fideicomiso de elección está sujeta a la forma propia de cualquier disposición sucesoria en Navarra: testamento, donación universal o pacto sucesorio. ARREGUI GIL[1430] excluye al efecto los codicilos y memorias testamentarias porque son instrumentos que no sirven para ordenar la sucesión conforme a la legislación navarra. Continúa dicho autor afirmando que el disponente, dentro de esos actos generalmente idóneos puede exigir el uso de alguno concreto.

*7.4. Efectos del fideicomiso de elección pendiente la ejecución.* La pendencia tiene lugar hasta la muerte del fiduciario, pues según NANCLARES VALLE[1431] no está en manos del fiduciario la fijación del evento determinante de la sustitución pero sí la elección de la persona de su sustituto.

Entre tanto, conforme a la ley 232 CDCFNavarra "Sin otras limitaciones que las establecidas en las Leyes siguientes, el fiduciario tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes recibidos, los subrogados y los incrementos que constituyan accesiones naturales y mejoras inseparables. Respecto a los frutos pendientes y a las impensas realizadas por el fiduciario, tendrá éste los mismos derechos que un usufructuario". Estos efectos se regulan en las leyes siguientes. De ahí que la ley 231 CDCFNavarra determine que salvo que el disponente hubiera establecido lo contrario, los fideicomisarios podrán exigir del fiduciario en cualquier momento la formalización de inventario de los bienes adquiridos y la garantía de su restitución.

*7.5. Ejecución del fideicomiso de elección.* Señalan ARREGUI GIL y NANCLARES VALLE[1432] que la autorización del disponente no obliga al fiduciario a elegir fideicomisarios sino que simplemente le otorga la facultad de hacerlo. Si e1 fiduciario no hiciera uso de esa facultad, todos los fideicomisarios lo serían por partes iguales y en este caso, cuando el disponente no hubiese designado nominativamente a los fideicomisarios, la determinación podría hacerse por acta notarial de notoriedad o información "ad perpetuam memoriam "(ley 236 párrafo tercero). Sigue diciendo este último autor que "como señala con claridad la ley 225 CDCFNavarra, los fideicomisarios, aunque lo sean por llamamientos sucesivos, adquieren siempre del fideicomitente. Pese a que la ley 224 utilice el verbo transmitir para referirse a los deberes que asume el fiduciario frente al fideicomisario, en realidad éste no sucede al fiduciario (en el caso de sucesivos llamamientos como fideicomisario, al precedente fideicomisario que, frente al llamado sucesivamente, actuaba como fiduciario).

---

fideicomisario-fiduciario cuando el testador le haya autorizado para ello pero según ARREGUI GIL (ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. 1120) hasta el límite máximo sustituciones fideicomisarias que permite la ley 224. d) Cualquier límite que pretenda imponer el fiduciario al fideicomisario que nombre deberá haber sido expresamente autorizado por el disponente o, en su defecto, justificarse por beneficiar a otro de los potenciales fideicomisarios señalados por el fideicomitente. (ii) El fiduciario puede efectuar la distribución de los bienes hereditarios en partes iguales entre todos los elegidos o hacer hijuelas desiguales.

[1430] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. 1118.

[1431] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1108.

[1432] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. 1120. NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1110.

Según dice NANCLARES VALLE[1433], "los fideicomisarios no adquieren propiamente derecho alguno hasta el momento de cumplirse la condición o el término al que se sujeta su llamamiento, momento en el cual adquirirán *ipso iure*, limitándose el fiduciario a transmitir la posesión material de unos bienes, los fideicomitidos, que ya pertenecen al fideicomisario. Como señala la SAT Pamplona 6 de octubre de 1972, «el derecho del fideicomisario condicional no nace con la muerte del testador, ni siquiera durante la vida del fiduciario surge, ya que sólo posee una expectativa de derecho que se perfecciona por efecto del cumplimiento de la condición suspensiva (en el caso, muerte del fiduciario sin dejar hijos). Esta inexistencia de derechos antes del cumplimiento del evento puesto como condición o del término pactado se traduce en que en el caso de premorir el fideicomisario al fiduciario o en caso de fallecer antes de que se cumpla el evento fijado por el disponente para la apertura de la sucesión fideicomisaria, el sustituto no habrá llegado a adquirir derecho alguno sobre la herencia del disponente, no transmitiendo tampoco derecho alguno a sus propios herederos sobre los bienes fideicomitidos". En sentido similar MEZQUITA GARCÍA-GRANERO[1434].

Para ARREGUI GIL, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO y MARTÍNEZ CORTÉS[1435], si el fiduciario hiciere por testamento la elección de fideicomisario y la distribución de bienes, podrá revocarla libremente. Si la hiciere por contrato sucesorio o acto "inter vivos", será irrevocable".

*7.6. Extinción del fideicomiso de elección.* Según MEZQUITA GARCÍA-GRANERO[1436] es posible que el fiduciario vaya posponiendo el momento de realizar la elección y que, finalmente, muera sin verificarla. Pero también puede ocurrir que habiendo realizado ya la elección, se declare nulo el acto o contrato en que se realizara la designación o que se anule la elección por haber incumplido las instrucciones dadas por el fideicomitente. Como también cabe que el fideicomisario nombrado fallezca, sea incapaz o no quiera aceptar, de forma que finalmente muera el fiduciario sin nombrar al fideicomisario. Por su parte MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[1437] afirma que, sin perjuicio de la facultad de nombrar otro fideicomisario en caso de que el nombrado falleciere o deviniere incapaz o renunciare antes de deferirse el fideicomiso, si el fiduciario no hiciera uso de esa facultad, todos los fideicomisarios lo serán por partes iguales. En este caso y cuando el disponente no hubiere designado nominativamente a los fideicomisarios, la determinación podrá hacerse por acta notarial de notoriedad.

---

[1433] NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1108.

[1434] MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 660.

[1435] ARREGUI GIL, José, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º, obra cit., pp. 1118. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 693. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 61

[1436] MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María-Dolores, "Título VIII de las sustituciones", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*, obra cit., pp. 694.

[1437] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 61. En el mismo sentido, NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. ed. 2011, obra cit., pp. 1109. Invoca la SAP de Navarra de 21-06-1999.

## VIII. LA DELEGACIÓN DE LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL COMÚN.

### 1. Antecedentes y regulación actual.

Ya hemos visto en el capítulo de esta tesis consagrado a la introducción histórica, la evolución del Derecho de Castilla acerca de la delegación de la facultad de ordenar la sucesión.

Hoy en día su prohibición en el Código civil no se queda sólo en la de usar comisarios o apoderados que establece el art. 670 de dicho texto legal. Efectivamente, el Código civil rechaza asimismo la licitud del heredero distribuidor (art. 785.3º CC[1438]) y de la herencia de confianza (art. 785.4º CC[1439]).

Sin embargo la prohibición de usar ciertos delegados para testar no es tan severa pues se admitió en preceptos tales como los art. 671 CC, 756, 775 y 776 CC y, sobre todo el art. 831 CC. Pues recordemos del capítulo dedicado a la introducción histórica en esta obra que NUÑEZ IGLESIAS[1440] entiende que la prohibición de la sucesión por comisario en el Código civil (art. 670 CC[1441]) es más formal o aparente que real ("ha bastado para conte[n]tar a los enemigos del testamento por comisario"), como lo demuestran el art. 671 CC, con referencia al legado, y, sobre todo, el art. 831 CC, con relación a la mejora y también la parte de libre disposición como entiende VALLET DE GOYTISOLO y la doctrina que este último cita[1442]. Igualmente constituye una excepción al carácter personal de la partición efectuada por el propio testador.

El origen del art. 831 CC es el art. 1851 del Proyecto de Código civil de 1851 que defendió GARCÍA GOYENA con el fin de aproximarse a las legislaciones forales que deseaba reducir a un derecho civil común, así como para reforzar la posición de viudo y, consiguientemente, el mantenimiento de la paz familiar[1443].

Dicho precepto ha tenido tres redacciones. La primera, que duró hasta la Ley de 13 de mayo de 1981[1444], exigía que el causante muriera intestado, lo que implícitamente suponía que el pacto en capitulaciones no era tal, porque el testamento suponía su tácita

---

[1438] "No surtirán efecto: (…) 3º Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión".

[1439] "No surtirán efecto: (…) 4º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador".

[1440] NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *El testamento por comisario*, obra cit., pp. 320.

[1441] Resulta curioso el caso resuelto por el AAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, de 11-11-2011 que deniega la autorización al tutor para testar por su pupilo. Curioso porque parece evidente que no puede concederse tal autorizacón por ser el testamento sujeto a Derecho civil común un acto personalísimo ex art. 670 CC.

[1442] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XII, obra cit., pp. 379. Se refiere a Puig Brutau y Garrido de Palma.

[1443] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil, en *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Volumen III, obra cit., pp. 367-369.

[1444] "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento ó en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas, de las mejoras y demás disposiciones del causante".

revocación, salvo para los escasos autores que consideraron que era un verdadero pacto sucesorio[1445].

La reforma del Código civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, al permitir capitulaciones matrimoniales posteriores al matrimonio y la posibilidad de su novación aproximó el art. 831 CC a las legislaciones forales, pues, según LACRUZ BERDEJO[1446] concedió más autoridad al cónyuge supérstite.

La modificación introducida por dicha Ley de 1981 suprimió el requisito que el cónyuge delegante hubiera de morir intestado, autorizando que la delegación se estableciese en testamento y no sólo en capitulaciones matrimoniales, además de fijar un plazo para el cumplimiento de la encomienda. RUEDA ESTEBAN[1447] opina que esta reforma pretendió apuntar un principio de organización del patrimonio familiar a fin de conservar indivisas explotaciones agrícolas, mercantiles, industriales o empresariales.

La redacción actual es esencialmente la dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Pese a este título, la doctrina mayoritaria[1448] no ve que la finalidad expresada en dicho título aparezca de ningún modo reflejada en el texto del art. 831 CC aunque sí las funciones tradicionales de la figura consistentes en defender la posición del cónyuge viudo, mantener en vida de éste la paz familiar y, en ocasiones, reequilibrar la posición patrimonial de los hijos. Efectivamente la reforma del citado precepto por la Ley 41/2003 incluyó protección alguna a los discapaces, salvo colateralmente, como explica su E.d.M.[1449]. Sin embargo, dicha reforma sí que incluyó novedades que reseña PÉREZ VELÁZQUEZ[1450], aunque como afirma GARCÍA RUBIO[1451], da respuestas a preguntas previas planteadas por la doctrina, aunque no a todas.

---

[1445] Así, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI. Sucesiones, Vol., 2, obra cit., pp. 596.

[1446] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 455.

[1447] RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 200.

[1448] Así GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 59; RUEDA ESTEBAN, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 203; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1116; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1140; ROCA GUILLAMÓN, Juan. "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003", obra cit., pp. 4284; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 5. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1565; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II. Civitas, 2011, pp. 930.

[1449] "… una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad".

[1450] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1141 y 1142: a) Además del cónyuge viudo puede ser fiduciario quien tenga descendencia con el causante. b) Ni el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes ni las disposiciones del testador resultarán afectadas por el nombramiento del

Pese a las sucesivas reformas, la mayor parte de la doctrina[1452] comenta que se ha considerado a este artículo como una anomalía en el sistema del Código Civil que habría de ser objeto de interpretación restrictiva, pues su redacción comienza con una expresión adversativa: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior…" y en coherencia con las prohibiciones generales de encomendar a un tercero la ordenación de la sucesión (art. 670 y 1272 CC) y de la específica de delegar la de mejorar (art. 830 CC).

Algunos autores como consideran que tradicionalmente el art. 831 CC ha sido "letra muerta" [1453], o, en todo caso, de escasa aplicación (HERRADA ROMERO[1454]), salvo quizás en Galicia (GARCÍA RUBIO y CORA GUERRERO/GIL CABALLERO[1455]), en Asturias (ALPAÑES DOMÍNGUEZ y GARCÍA RUBIO[1456]) y

---

fiduciario, que tendrá poderes para intervenir en nombre de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a dichas disposiciones o legítimas. c) El fiduciario puede satisfacer las legítimas con bienes privativos y gananciales del causante e incluso los propios de aquél. d) Sólo se puede conceder en testamento, lo que aclara su carácter unilateral y esencialmente revocable. e) el fiduciario es el administrador de los bienes sujetos a su encargo. f) ampliación de plazo al voluntario, incluso con carácter vitalicio. g) la ejecución de la fiducia otorgar al sucesor la propiedad y posesión civilísima de los bienes, salvo que se disponga lo contrario. También ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo (raj 2019, 2113)". *Rev. Boliv. de Derecho* Nº 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 502-511, pp. 506.

[1451] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 61.

[1452] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 370. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 64; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, *Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 595; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 370; 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*, nº 2, junio de 2004, pp. 46; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 66; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»" en "El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista", Vol. I -Óscar Monje Balmaseda; Francisco Lledó Yagüe (dir.), María Pilar Ferrer Vanrell (dir.), José-Ángel Torres Lana (dir.), Vol. 1, DYKINSON, 2014, pp. 981 y 998; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*. Dykinson 1992, pp. 299 y *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1567; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. "*Derecho de sucesiones*", Tomo II, 2ª, edición. Bosch, 1995, pp. 238.

[1453] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1314. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1564. Para Galicia, NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 318.

[1454] HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", en José-Manuel González Porras y Fernando P. Méndez (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 1. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X, pp. 2485.

[1455] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 63. 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 y 145: se trata de una institución jurídico-privada realmente viva en Galicia, aunque no como Derecho propio de Galicia (en el sentido de especial o distinto del Derecho común), sino como Derecho común aplicable también a Galicia. Es decir: No es Derecho vivo de Galicia, aunque si Derecho (Común) vivo en Galicia"

[1456] ALPAÑES DOMÍNGUEZ, enrique. *La delegación de la facultad de mejorar*, obra cit., pp. 3 y 4. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 63.

respecto del Caserío en Gipuzkoa (DE ECHEGARAY CORTA y NAVAJAS LAPORTE[1457]).

Y PÉREZ VELÁZQUEZ, RIVAS MARTÍNEZ y GARCÍA RUBIO[1458] destacan la paradoja de que pese a ser un precepto de exigua aplicación y escasísima jurisprudencia, este artículo cuente con una gran amplitud de estudios doctrinales.

No podemos pasar por alto las, al menos, tres generaciones de estudiosos del artículo, las cuáles, pese a la progresiva evolución del precepto, especialmente por la Ley 41/2003, que le asemejan, externamente al menos, a la normativa aragonesa, navarra y vasca, siguen aplicando preponderantemente el art. 670 CC, la prohibición general, para interpretar el art. 831 CC, la autorización específica, lo que ha llevado a casi toda la doctrina a venir a definir esta delegación sucesoria como distinta del poder testatorio porque no se delega la facultad de instituir heredero, sino la de mejorar y/o distribuir la herencia, el causante no delega la facultad de testar. Y esta prurito doctrinal ha dado lugar a la sobrerregulación de una institución que podría desarrollarse mediante interpretación integradora, ora con el propio Código civil, por analogía con el albaceazgo y el poder, ora por analogía con los Derechos forales o especiales[1459].

**2. Concepto de la fiducia "dispositiva-partitiva", naturaleza, diferencia de figuras afines y caracteres.**

*2.1. Concepto.* FERNÁNDEZ HIERRO y RIVAS MARTÍNEZ[1460] observan que el art. 831 CC no emplea las palabras "comisario" o "fiducia sucesoria", como ha sido tradicional en Derecho foral, ni le da ningún nombre especial a la nueva institución. Según el último autor citado[1461] es una calculada ambigüedad que origina la dificultad en la interpretación de del art. 831 CC, que no facilita al delegado para que pueda hacer

[1457] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio, *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 87 y 88. NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, obra cit., pp. 150.

[1458] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo. "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit, pp. 1135 y 1153: apunta el autor varias causas de su fracaso: que la primera redacción exigía su otorgamiento en capitulaciones matrimoniales necesariamente previas al matrimonio, que el causante debía morir intestado y sobre todo la intangibilidad de la legítima. Esa falta de aplicación, pp. 1154, determina escasas jurisprudencia y certidumbre interpretativa. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José. *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 299. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 58.

[1459] Denuncia OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*. Urrutia Badiola, Andres-María (coord), Lledó Yagüe, Francisco y Monje Balmaseda, Óscar (dir.), AVD-ZEA y Dykinson, 2020, pp. 445 "un mundo de juristas unánimemente formados en el sistema sucesorio del Código Civil (aunque algunos, «además conozcan otros sistemas») (…) Ofrecer, en suma, una vía sencilla a la jurisprudencia para evitar volver a la situación anterior al año 1992, situación en la que, en demasiados supuestos de duda, la balanza se inclinaba fatalmente en contra del ejercicio del poder por el comisario".

[1460] FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel. "La reforma del Derecho de sucesiones por la Ley 41/2003". *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, nº 2, junio de 2004, pp. 24. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 1584, y *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, obra cit., pp. 1568.

[1461] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José. *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 1585.

todo, pues como dice con toda razón RIVAS MARTÍNEZ, "De ser así el artículo sería muy breve" [1462].

SAPENA TOMÁS[1463] define la fiducia en Derecho civil común de una manera muy completa como la situación en que los que tengan la condición de legitimarios, pueden reclamar y obtener su cuota en el tercio de legítima estricta, en bienes de la herencia o en metálico en su caso, derecho que adquieren al tiempo de morir el fiduciante y que se transmite a sus herederos, aunque no fueren descendientes comunes de aquél y su cónyuge. Pero en los otros dos tercios de la herencia ni los hijos ni los demás descendientes tienen otro derecho que el de adquirirlos conforme a lo que disponga el fiduciario, sin poder obligarle al efecto.

Frente a dicha conceptualización descriptiva, en mi opinión es mejor la contenida en el *nomen iuris* más usado últimamente, lo que RUEDA ESTEBAN, CARBALLO FIDALGO y BLASCO GASCÓ[1464] denominan una función "dispositiva-partitiva".

Término jurídico muy próximo al de "fiducia limitada" que usa la generalidad de la doctrina desde LACRUZ BERDEJO[1465], es decir, una "fiducia limitada a la distribución, dentro de un círculo restringido de personas, de bienes de los cuales no dispuso el causante". Así RUEDA ESTEBAN y MILLÁN SALAS[1466] 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".

---

[1462] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1569.

[1463] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 59.

[1464] 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 los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 15. BLASCO GASCO, Francisco de Paula. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 342.

[1465] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, "*Derecho de sucesiones*", Tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, ISBN 978-84-7294-021-7, pp. 67.

[1466] RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 216: "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, Nº 3, 2006, pp. 409.

*2.2. Naturaleza jurídica de la fiducia "dispositiva-partitiva".* Una parte de los autores se agrupa en torno a la teoría del fiduciario como titular de un poder de disposición *mortis causa* sobre un patrimonio ajeno[1467], tesis mantenida por la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015.

Sin embargo, la teoría de la voluntad integradora es la defendida por la mayora parte de la doctrina, tanto la más pretérita como la más reciente[1468], la cual 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 (ROCA GUILLAMÓN[1469]) aunque se les pague con bienes del fiduciario.

Por fin, consecuencia de su naturaleza jurídica hay autores a los que la redacción del nuevo art. 831 CC le recuerda la figura de la fiducia aragonesa, por lo que como elementos interpretativos deben tenerse en cuenta, en lo que pudieran ser aplicables, los criterios de los textos jurídicos de las demás legislaciones forales[1470]. En contra, hay doctrinos que defienden su interpretación conforme al propio Código civil, pues los

[1467] ALPAÑES DOMÍNGUEZ, enrique, "La delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 24: Entraña una titularidad de disposición condicionada o limitada a la extensión dada por el difunto que, más propiamente 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»". GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 386. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 18 y "Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo (raj 2019, 2113)", obra cit., pp. 505. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 67 y 83. RUEDA ESTEBAN, Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 397.

[1468] Autores más clásicos: SECO CARO, enrique. *Partición y mejoras encomendadas al cónyuge*, obra cit., pp. 66 y 67. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 711. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 83 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 17 y, sobre todo, VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las 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»". Autores más modernos: VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra, *La mejora en el código civil español. Dikynson*, obra cit., pp. 49. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1139 y 1141; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., 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. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 39. MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 1002

[1469] ROCA GUILLAMÓN, Juan. "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003", obra cit., pp. 4288.

[1470] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "El articulo 831 del Código Civil". *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, nº 108-109, 2019, pp. 239. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Comentario al art. 831 CC", en *Código civil comentado*. Vol. II, obra cit., pp. 931. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 406. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 395. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1573 y 1574 parece haber cambiado de opinión y en esta última obra defiende la interpretación autónoma conforme al Código civil de su art. 831.

principios generales de éste y los Derechos Forales son diversos[1471]. Al efecto MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, señala sus muchas y restrictivas diferencias[1472] que abonan que en mi opinión, el art. 831 CC deba tener una interpretación según el sistema del Código civil, sobre todo debido a que la preferente obligación de pago de la legítima individual, casa mal como veremos con las delegaciones de ordenar la sucesión.

*2.3. Diferencia de la fiducia "dispositiva-partitiva" con figuras afines.*

2.3.1. Respecto de la sucesión por comisario. MILLÁN SALAS, RUEDA ESTEBAN y GARCÍA RUBIO[1473] niegan que el delegado del art. 831 CC sea un comisario pues que no está en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste. Esto es igualmente lo resuelto en la RDGRN de 18-12-2019 que le niega la facultad de apartar a los legitimarios, desheredarlos o instituirlos herederos. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009 en el mismo sentido.

2.3.2. La figura del art. 671 CC[1474] frente a la institución del art 831 CC. Generalmente ambos preceptos son estudiados como excepciones a la prohibición del art. 670 CC de encomendar a un tercero la ordenación de la sucesión. Es obvio que el art. 671 CC no limita quién sea el fiduciario, ni reduce su objeto al tercio de mejora y al de libre disposición pero su analogía con el art. 831 CC es patente en cuanto que distingue la facultad de "distribución" del delegado[1475] entre clases determinadas (lo que

[1471] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 68; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI". *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, Nº 86-87, 2013, pp. 72 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1121.

[1472] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 53: a) El fiduciario (aragonés) está llamado para que ordene la sucesión del causante y sus facultades son las que tenía este último con dicha finalidad, mientras que ex art. 831 CC, en cambio, el cónyuge solo puede mejorar a los hijos comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición. b) La delegación (art. 831 CC) sólo puede hacerse entre cónyuges (o personas no casadas entre sí pero con descendencia común). c) La delegación (art. 831 CC) hay que hacerla en testamento, mientras que en Aragón cabe también en escritura pública. d) En ambas regulaciones cabe la ejecución parcial y la posibilidad de incluir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada. e) Para que el cónyuge pueda utilizar su propio testamento debe conferírsele esa facultad; en caso contrario y si no se ha señalado plazo, tendrá el de dos años desde la apertura de la sucesión. En la regulación aragonesa, el cónyuge, salvo disposición en contra del causante o que la fiducia se haya sujetado a plazo, podrá hacerlo en testamento y su nombramiento se entiende hecho de por vida. f) En el art. 831 CC, el cónyuge tiene la administración de los bienes sobre los que no se haya utilizado la facultad de mejorar, mientras que en la regulación aragonesa al cónyuge se le concede la administración del patrimonio relicto y facultades de disposición a título oneroso. Añado yo, g) la existencia de hijos del causante que no lo sean del cónyuge delegado, distorsiona la institución, como también la intangibilidad de la legítima estricta. h) no hay delegación de la facultad de testar (sí la de partir), sino de otorgar mejoras y "atribuciones de bienes concretos".

[1473] MILLÁN SALAS, Francisco. "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 409. RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 216. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 91.

[1474] "Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse".

[1475] GETE-ALONSO y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 759, entiende que el art. 671 CC no es una excepción al principio personalísimo del testamento porque "la general opinión de los autores, la función que asume la tercera persona no comporta sustitución de la voluntad del testador por la suya, que es lo prohibido, pues su intervención se sitúa en la fase de ejecución. El tercero determina al sucesor que ya ha sido designado (integra la voluntad)".

permite) frente a la prohibición de dejar al arbitrio del tercero la facultad de "elección"[1476]. Si analizamos las tres posiciones sobre la naturaleza del art. 671 CC que resume ASÚA GONZÁLEZ[1477], concluiríamos que tanto si se considera que permite una amplia delegación eligiendo *in inertum de certis*, como si sólo se refiere a la autorización de distribución determinada entre los legatarios (y no entre herederos) concretamente designados por el causante, es redundante con el art. 831 CC, pues el causante puede autorizar a pagar en metálico la legítima de los descendientes comunes (art. 831.3 CC). Pero sería muy complementario y ventajoso en relación a los descendientes no comunes (art. 831.4 CC) si se recurriese al siguiente protocolo que cuenta con el respalo de varios autores[1478]: el causante deja, en general, a los hijos de su primer matrimonio adjudicaciones globales, permitiendo al viudo como contador-partidor (cfr. art. 841 y ss. CC) conmutarles su legítima a cada uno por metálico, opción que pueden aceptar o no (art. 842 CC, excepción art. 1057 CC). Pero el causante puede ir un paso más allá, dejar a los legitimarios del primer matrimonio (p.ej. nietos) "lo que por legítima corresponda" y autorizar al viudo del segundo matrimonio conforme al art. 671 CC a instituir a con plena facultad institutiva *in incertum de certis* (art. 750 CC), así como a pagarles dicha legítima en metálico (art. 841 y ss. CC). Y al efecto, el fiduciario lo puede pagar con bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales sin liquidar o de su propio peculio (art. 813, ap.1 y 3 CC) y también obligando a sus descendientes comunes a dicho pago pues quedan representados por dicho viudo frente a los descendientes no comunes (art. 831.4, 842 y 843 CC)[1479].

---

[1476] RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, Tomo I, obra cit., pp. 352, da al delegado del art. 671 CC la aplicación subsidiaria de las normas del albaceazgo en cuanto a capacidad, plazo, rendición de cuentas… También GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen , "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 759.

[1477] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 109: a) para MANRESA y DÍEZ-PICAZO el art. 670 CC sólo proscribiría la elección por tercero entre los designados nominalmente, mientras que el art. 671 CC permitiría tal designación únicamente entre las de una clase. b) Para LACRUZ BERDEJO y ROCA SASTRE se trata de una sucesión "mortis causa", pero sólo a título particular. Ésta parece ser la opinión aceptada en nuestra doctrina, siendo fundamento de ello el que en el precepto se hable de "cantidades" (así, RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, Dykinson, 2009, obra cit., pp. 349 y CAÑIZARES LASO, Ana, en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*. Vol. II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84470-3739-1, pp. 294). c) DÍEZ FUENTES "un acto de destinación de bienes a un fin impersonal, cuyos futuros perceptores no estarán ligados por una relación transmisiva directa con el testador, sino que adquirirán la dotación mediatamente, a través de la realización (…) un patrimonio de afectación, parece, para la consecución de fines altruistas".

[1478] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 42; LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 462; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 387 y 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, obra cit., pp. 4298.

[1479] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1628 afirma que la posición del viudo frente a sus hijos será similar a la de un contador partidor.

2.3.3. Disposiciones del causante a favor del alma y obras pías (art. 747 CC[1480]). Seguimos la explicación de GONZÁLEZ PORRAS[1481], brillantemente obvia, según la este precepto se halla "incluido entre las «formas genéricas de instituir herederos, la verdad es que no es otra cosa que la previsión legal, limitada de manera exclusiva para el caso que el precepto recorta, en cuanto al destino de un patrimonio (en todo o en parte) que al hacerlo el testado indeterminadamente y sin especificar su aplicación, la propia Ley suple, con independencia de que se les llame «sucesores sui generis» o beneficiarios con carga modal". A partir de ahí el albacea no tiene la *institutio*, sino la mera *executio* consistente en dos funciones sucesivas: a) vender los bienes, y b) distribuir su importe en la forma que la Ley le señala.

2.3.4. Respecto del contador partidor testamentario (art. 1057 CC). Para la práctica unanimidad de la doctrina[1482] el fiduciario del art. 831 CC es mucho más que un contador partidor porque al fijar las cuotas en que suceden los legitimarios, ocupa el lugar del propio disponente, y así la partición hecha por el primero equivale a la efectuada por el segundo (art. 1056 CC). Aunque CORA GUERRERO/ GIL CABALLERO[1483] afirman que cuando los hijos son desigualmente beneficiados por el fiduciario salimos de la partición y entramos en la facultad de instituir. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1484] añade con razón que las facultades particionales del fiduciario del art. 831 CC son incluso superiores a las del testador, pues puede utilizar bienes de la comunidad postganancial para conformar los lotes y, además, incluso parece que, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo. ESPIÑEIRA SOTO, menudea las diferencias entre el delegado del art. 831CC y el contador-partidor testamentario[1485].

---

[1480] "Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia".

[1481] GONZÁLEZ PORRAS, José-Manuel, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 1º, obra cit., pp. 39. Rechazada la antigua jurisprudencia que consideraba que el alma era heredera, hay autores que defienden que es una institución o legado "sub modo", rechazable como los que lo explican como una sustitución fideicomisaria porque no hay intermediario en la transmisión, aunque alguna antigua RDGRN permitía la inscripción de inmuebles a favor del albacea.

[1482] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado* Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, Víctor Garrido de Palma (coord.), CIVITAS, 2015, pp. 1331; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudio sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1620, LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 455; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 999; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 370. Este mismo autor, citado por ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 234 y CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, *Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 594, que lo apoyan en esto, entiende que el testador puede autorizar a cualquier tercero (no interesado en la partición) hacerla como si del propio causante se tratara, sin la proporcionalidad o equidad de los art. 1061 y 1062 CC y con la amplitud del art. 1056 CC. También CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 936.

[1483] 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. 154.

[1484] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1134.

[1485] ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada. "Reflexión práctica sobre las siguientes cuestiones que suscita el artículo 831 CC", obra cit., pp. 6: a) No tiene por qué formalizar una partición total, puede hacer

2.3.5. Respecto de las sustituciones pupilar y ejemplar (art. 775[1486] y 776[1487] CC). ASÚA GONZÁLEZ[1488] y la STS, Sala 1ª, de 07-11-2008 (Ponente GULLÓN BALLESTEROS) apuntan que ha habido debate en considerar si ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz. En la segunda concepción no hay delegación alguna en la ordenación de la sucesión, puesto que el ascendiente sustituyente u ordenante, regula la suya propia, el destino de sus propios bienes, siempre para el caso que el sustituido le sobreviva. Esta segunda es la opinión sostenida por LACRUZ BERDEJO[1489] y la RDGRN de 06-02-2003. El primer punto de vista es el defendido por ALBALADEJO GARCÍA[1490] y la jurisprudencia ejemplificada por la citada STS, Sala 1ª, de 07-11-2008, la STS, Sala 1ª, de 14-04-2011 (Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ) y la RDGRN de 10-05-2018, sí que asemejaría la figura a la sucesión por comisario, en cuanto que el ascendiente testa por el descendiente como declarada excepción al art. 670 CC. También ASÚA GONZÁLEZ[1491] concluye para tal supuesto que "implicaría el juego de la representación"; en este caso, evidentemente, legal puesto que es la ley, y no la voluntad del representado, la que actúa como mecanismo legitimador y constituye un fenómeno de sustitución de la voluntad del interesado por no ser ésta apta para actuar válidamente en el tráfico jurídico. Concebida así la institución, sí puede hablarse propiamente de testar por otro y, por tanto, de quiebra del personalismo formal". Ahora bien, las sustituciones pupilares y ejemplares abarcan todo el patrimonio del causante, no sólo los

---

adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, según su criterio y cuando lo estime oportuno en función del plazo que le haya fijado el testador. b) No está obligado a inventariar toda la herencia ni todo el patrimonio ganancial, en su caso, ni a valorarlo con carácter previo, por lo que no aflorará conflicto de intereses por este motivo. c) Puede desigualar (no sólo partir). d) Puede operar sobre bienes gananciales sin estar liquidada la sociedad. e) Puede abonar la legítima con cargo a sus propios bienes. f) Los legitimarios tienen derecho a percibir su legítima estricta que el cónyuge fiduciario debe respetar al igual que debe respetar las disposiciones del causante, pero por lo demás, el cónyuge fiduciario no está sujeto a lo dispuesto en el artículo 1061 CC (homogeneidad de lotes o igualdad cualitativa). Además, g) rompe la prohibición del art. 1057 CC pues el testador no puede encomendar la partición a un coheredero y el viudo es heredero forzoso (cfr. 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, obra cit., pp. 4285). ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 246, añade que h) el fiduciario no queda sometido en su función distributiva, si en la herencia hay interesados sometidos a patria potestad o tutela, o a curatela a la obligación de inventario con citación de los representantes legales o curadores, del art. 1057 CC y i) podrá ejercitar la facultad de pago en metálico del pfo. 2º del art. 1056 CC ordenando el pago en metálico de legítimas para conservar indivisa en interés de la familia una explotación de ésta.

[1486] Art. 775 CC "Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad".

[1487] Art. 776 CC, derogado por la Ley 8/2021: "El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón".

[1488] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 35.

[1489] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 362.

[1490] ALBALADEJO GARCÍA, José-Luis, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales,* Tomo X, vol. 2. EDERSA, Madrid, 1984. ISBN 84-7130-462-7 - ISBN 84-7130-216-0, pp. 52.

[1491] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 40. También ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 2º, obra cit., pp. 57

tercios de mejora y de libre disposición, y el "delegado" no es el consorte, sino el ascendiente ordenante.

La derogación del art. 776 CC, de la sustitución pupilar, por la Ley 8/2021 refuerza la percepción de que esta figura y la sustitución ejemplar constituían una representación legal *heteronómica* (*hetero* y *nomen*¸ actuar en nombre de otro) otorgada por la ley a favor del ascendiente instituyente. En fin, la D.Tª.4ª de dicha Ley 8/2021 muta la sustitución pupilar para los sustituidos fallecidos tras la entrada en vigor de la misma (03-09-2021), de modo que no suple el testamento del discapaz/sustituido, y se muta *ope legis* por una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida.

2.3.5. Respecto de las sustituciones fideicomisarias e instituciones análogas. Resume BLASCO GASCÓ[1492] la unánime doctrina en el sentido que el art. 782 CC no define qué sea la sustitución fideicomisaria, sino que distingue dos tipos de fideicomisos: los fideicomisos que contienen la obligación de conservar y transmitir todo o parte de la herencia y los fideicomisos, como los de residuo, que no contienen dicha obligación (art. 783 CC). Ambos tipos difieren mucho en cuanto a su analogía con la delegación de la ordenación de la sucesión.

a) La sustitución fideicomisaria se parece a la sucesión delegada por el tenor literal del art. 781 CC ("Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador"), que sugiere[1493] un mandato o encargo a un fiduciario o intermediario para que después lo transmita a un tercero, unido al hecho de que este adquiere del causante, no del primero (art. 784 CC). Por su parte, se señalan como diferencias: (i) el fiduciario es también un verdadero sucesor del causante propietario (art. 784 y 785-1º CC) lo que no ocurre en el art. 831 CC, pero eso sería secundario, pues hay figuras similares como el heredero distribuidor mallorquín o el usufructuario poderoso ayalés. (ii) Que no hay propiamente encargo sino una carga absoluta que no se puede no cumplir[1494]. Y (iii) que el fideicomisario ya viene determinado por el causante[1495] sin que el fiduciario tenga margen para elegir dicho fideicomisario, como entiende la mayor parte de la doctrina. Así, para CASTÁN TOBEÑAS[1496] el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o la cosa legada y transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente

[1492] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Instituciones de Derecho Civil. Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN 978-84-9190-752-7, pp. 125.
[1493] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales.* Tomo X, vol 2., obra cit., pp. 146.
[1494] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 327. BLASCO GASCO, *Instituciones de Derecho Civil. Sucesiones*, obra cit., pp. 125. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, IV, Familia y Sucesiones*, obra cit., pp. 401; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, Tomo II, obra cit., pp. 39, ALBALADEJO, *La mejora*, obra cit., pp. 146
[1495] LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de Sucesiones*, Vol. 2.2ª parte, obra cit., pp. 649 "Si bien, debemos puntualizar que no es necesario identificar de forma nominal la persona del fideicomisario por ser suficiente que se le pueda conocer por sus circunstancias re ipsa (véase sentencias de 6 marzo 1944 entre otras". Supongo que al albur del art. 772 pfo. 2º CC "Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución".
[1496] CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, Vol., 2, Editorial Reus 1973. pp. 233.

indicadas por el mismo. Tal y como explica ALBALADEJO GARCÍA[1497], del art. 670 CC se desprende que no podrá el heredero fiduciario determinar la persona del fideicomisario ni tampoco podrá hacer tal designación un tercero ajeno a la herencia fideicomitida. Sólo ROCA SASTRE[1498] cree que cabe conferir al fiduciario la designación de la persona de los fideicomisarios entre un grupo determinado de personas pues el Código civil prohíbe que quede reservado el fideicomisario o destinatario definitivo, pues no se permiten los herederos de confianza (art. 785.4º CC)[1499]. Al contrario, ROCA-SASTRE MUNCUNILL entiende que el fideicomiso con facultad de disposición mortis causa no es siquiera una sustitución fideicomisaria[1500]. El art. 426-11 CSCataluña y la ley 236 CDCFNavarra lo permiten.

b) El fideicomiso de residuo (art. 783 CC) puede ser de dos tipos[1501]: De "si aliquid supererit" (si queda algo) y de "eo quid supererit" (de aquello que deba quedar). En ambos casos el testador es árbitro para concederle las facultades de disposición al fiduciario, a ejercitar en el modo y forma que disponga. La similitud con la delegación sucesoria según la jurisprudencia glosada por LLEDÓ YAGÜE[1502] consiste en que, mientras en la sustitución fideicomisaria propiamente dicha el sustituto adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador (art. 784 CC), el derecho del sustituto por cláusula de residuo es eventual o de mera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes. Además, el causante puede conceder al fiduciario la facultad de disponer mortis causa[1503] y a título gratuito[1504] en cuyo caso, como recoge la STS, Sala 1ª, de 12-02-2002 se trataría de una sustitución preventiva de residuo del patrimonio hereditario, es decir el fideicomisario también es determinado por el causante pero fiduciario no tiene obligación alguna de retransmitir los bienes a los designados. No obstante, la obvia diferencia es que el "fiduciario de residuo" es un libérrimo sucesor por derecho propio, con los derechos inherentes a ser heredero, que puede dar a su herencia, que fue de su causante antes, el destino que le convenga, y no tiene ni carga ni encargo alguno de deferir la herencia a un tercero. Mientras que la figura del art. 831 CC no es partícipe de la comunidad hereditaria.

---

[1497] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales.* Tomo X, Vol 2, obra cit., pp. 154.

[1498] ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de derecho privado*, Tomo II. Sucesiones. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, pp. 36.

[1499] Quizás también se podría añadir en apoyo de esta postura el margen que da el art. 750 CC ("Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta"), pues, "odiosa sunt restringenda", el pfo. 2º del art. 670 CC no permite ni revocar a los legatarios o herederos "nombrados" (ordenados en general, no instituidos "nominalmente", cfr. art. 772 y 773 CC), ni distribuir entre los nominalmente instituidos. Pero entre los dos extremos existe el hueco del art. 750 CC de que el testador llame a clases determinadas (cfr. art. 769 a 771 CC) cuya concreción no supone revocación de nadie ni asignación de porciones a los nominados por dicho causante. Del lado contrario, que el pfo. 1º del art. 670 CC es bastante tajante al afirmar que la formación de testamento no puede dejarse "en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero", testamento que es (art. 667 CC) "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento".

[1500] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 442.

[1501] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones*, obra cit., pp. 409.

[1502] LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de Sucesiones*, Vol. 2.2ª parte, obra cit., pp. 395.

[1503] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones*, obra cit., pp. 410, quienes citan las STS de 13-11-1948, 21-11-1956 y 02-12-1966.

[1504] STS, Sala 1ª, de 22-07-1994.

c) La atribución de usufructo sin asignación ni especificación de la nuda propiedad, sin coetáneo nombramiento de nudos propietarios. El art. 787 CC[1505] no aborda la cuestión pues parece presuponer la atribución simultánea de ambas porciones del dominio. La similitud surge de un caso citado por LLEDÓ YAGÜE[1506] al hablar de las sustituciones fideicomisarias, comentando la STS, Sala 1ª, de 04-12-1975 en un testamento en que respecto de ciertas fincas "mi esposo y heredero será usufructuario y podrá disponer de dichas fincas por testamento, si bien sólo para distribuirlas desigualmente entre mis hermanos varones Manuel, José y Antonio, y en caso de que mi esposo no hiciera disposición alguna mortis causa, las dos nombradas fincas pasarán en pleno dominio, al fallecimiento de mi esposo, a mis citados hermanos por iguales partes". La analogía consiste en que se deja incierto el hecho de a quién corresponde la nuda propiedad, la cual queda en situación de pendencia o expectativa en cuanto a su existencia y a quiénes corresponde y que la atribución de la propiedad se retrotrae a la muerte de dicha causante. El Tribunal Supremo, no dijo que la cláusula fuera inválida, e interpretó que había una voluntad de la causante de instituir una sustitución fideicomisaria clásica del viudo fiduciario a los cuñados fideicomisarios, lo que rechaza LLEDÓ YAGÜE porque el primero no era propietario y caso de morir éstos su nombramiento no se purificaba (art. 781 y 784 CC, a sensu contrario), consecuencia de lo cual se abrió la sucesión abintestato de la testadora. Hoy en día esta solución se admite en el art. 18 CDCBaleares como heredero usufructuario distribuidor, lo que aporta la ventaja de que el usufructuario al ser heredero tiene la oportunidad de acrecer, convirtiéndose en heredero libre y pleno por premoriencia al mismo de todos los parientes o por renuncia de todos ellos a la herencia. También cabe en Derecho de Mallorca y Menorca que el distribuidor sea legatario del usufructo universal, supuesto en el que caso no hay tal purificación a su favor del pleno dominio. En este caso y en el previsto en la citada STS, Sala 1ª, de 04-12-1975, ciertamente hay cierta delegación de la ordenación sucesoria pues el usufructuario no es sucesor pleno por derecho propio, de modo que pueda dar un libérrimo destino a la herencia del causante, sino entre las personas señaladas por este último.

### *2.4. Caracteres de la fiducia "dispositiva-partitiva".*

2.4.1. Expectativa. Hasta la ejecución de la fiducia sucesoria, los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión están en situación de mera expectativa[1507]. Para MONJE BALMASEDA[1508] la situación pendiente el ejercicio de esta fiducia es similar a la que acontece en toda sucesión mortis causa, un estado de yacencia vinculado a la falta de ejercicio del *ius delationis* por el fiduciario.

---

[1505] "La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781"

[1506] LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de Sucesiones*, Vol. 2.2ª parte, obra cit., pp. 729.

[1507] LACRUZ BERDEJO, José-Luis,"*Derecho de sucesiones*" Tomo II, obra cit., pp. 70. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp. 1319; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 987, quien cita la RDGRN de 11-12-1929 en su apoyo. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1141 y SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 250 y 256 quien asemeja la situación a la herencia yacente.

[1508] MONJE BALMASEDA, Óscar. *La Herencia Yacente.* Dykinson, Madrid, 2001. ISBN 84-8155-735-8, pp. 351

2.4.2. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante, la cual prevalece siempre (art. 831, ap. 1. y 3 CC[1509]). No obstante, VELÁZQUEZ VIOQUE[1510] apunta que, en caso de disposición parcial por el causante, p. ej., porque su testamento fue declarado nulo, el fiduciario puede y debe completar la distribución de la herencia respecto a las porciones no dispuestas en aras a evitar el abintestato, como se deduce de la expresión "sin perjuicio de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones del causante".

2.4.3. Revocable esencialmente (art. 737 y 831.1 CC[1511]). No obstante, hasta la Ley 41/2013 la delegación podía ser ordenada en testamento (esencialmente revocable, art. 737 CC) o en capitulaciones matrimoniales. Como quiera que pueden quedar vigentes algunas fiducias otorgadas en este último instrumento (cfr. art. 9.8 y D.Tª. 12ª CC, SAPENA TOMÁS[1512]) habrá que plantearse si son revocables o no. Hasta la reforma por Ley de 2 de mayo de 1975, hay unanimidad en la doctrina (VELÁZQUEZ VIOQUE[1513]) en entender que como las capitulaciones anteriores eran inmodificables, éstas no podían ser novadas, pero sí vaciadas de contenido en cuanto a la fiducia otorgando al efecto nuevo testamento, lo que dicha autora entiende igualmente aplicable a las capitulaciones otorgadas con posterioridad a reforma.

2.4.4. Voluntario. El comisionado no está obligado a ejecutar el encargo ni a hacerlo sobre la totalidad de la herencia sobre la que pueda actuar[1514]. Según RUEDA ESTEBAN y HERRADA ROMERO[1515] no es necesario ningún acto expreso de

---

[1509] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 85; RUEDA ESTEBAN, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 489. VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 51 y 53.

[1510] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 53.

[1511] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 9; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 69; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1123; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 1123; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979. BOLÁS ALFONSO, Juan "El artículo 831 del Código civil: una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1621; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 932. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1319.

[1512] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 28.

[1513] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 52 y 53.

[1514] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1319 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1123 SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 53; ROCA GUILLAMÓN, Juan. "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003", obra cit., pp. 4289, RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1569. Añade GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 79, "No resulta sensato estimar que nos hallamos ante un acto debido cuya no realización pueda ocasionar algún tipo de sanción para el facultado, pues éste siempre tiene la posibilidad de no realizar el encargo, bien dejando transcurrir el plazo voluntario o legal que tenga para ejecutarlo, bien no efectuándolo en su testamento cuando ésta fuera la vía oportuna".

[1515] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1329. HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2486 y 2496

aceptación del encargo y en general no es admisible la *interpellatio* para que el fiduciario lo acepte o repudie, salvo por razones de urgencia. Al contrario, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1516] entiende que vía la "interpellatio in iure" (art. 1005 CC) los acreedores podrán obligar al delegado a ejecutar su encargo, con lo que no estoy de acuerdo, porque el fiduciario no es un sucesor, y los acreedores pueden demandar tanto a los sucesores que hayan aceptado su llamamiento a la legítima estricta, como a la herencia yacente. Esta autora luego se contradice, cuando dice, como SAPENA TOMÁS[1517], y en ello estoy de acuerdo, que en los tercios de mejora y de libre disposición ni los legitimarios ni los demás descendientes pueden obligar al fiduciario a cumplir ya su encargo.

2.4.5. Personalísimo, indelegable o intransferible, ínsito a la calidad de cónyuge o co-progenitor del causante. SAPENA TOMÁS[1518] sólo excepciona a la posibilidad que el fiduciario nombre un "nuntius" que se limite a formalizar documentalmente su voluntad, figura peligrosa en mi opinión, pues tiene facultades interpretativas del causante y puede concluir o no el negocio encomendado[1519] y rara o extraña en el mundo jurídico actual. Sin embargo cabrá que fiduciario se auxilie de personas con conocimientos técnicos (tasador, perito) para llevar a cabo las operaciones tendentes a la válida ejecución de la fiducia (GARRIDO DE PALMA[1520]). En contra GARCIA RUBIO y RUEDA ESTEBAN[1521], para quienes el fiduciario puede también limitarse a designar las cuotas en las que habrán de suceder los descendientes comunes y designar un contador-partidor que lleve a cabo la verdadera partición. Comparto tal opinión, dada la amplia libertad de títulos que el causante puede delegar en el fiduciario y lo oportuno que supone una partición al tiempo de la apertura de ambas sucesiones, del delegado y del causante. Es más, la literalidad del art. 831 CC (conferir "facultades" para "hacer particiones") en mi opinión supone también una autorización al fiduciario a nombrar un contador partidor testamentario de la herencia del causante(art. 1057 CC).

2.4.6. Gratuito. Sirve aquí el argumento de CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[1522] para rechazar, en principio, retribución alguna en la fiducia en Ibiza y Formentera, que "la persona en quien se hace la delegación no recibe la encomienda por sus conocimientos técnicos o por tener una profesión determinada, sino por la relación de mutua confianza que presupone el vínculo conyugal". Para MARTÍNEZ

---

[1516] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128.

[1517] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1149. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 59.

[1518] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30.

SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp.29. En similar sentido, respecto de la fiducia de las Islas Pitiusas, CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 850.

[1519] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 53 y 54. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º, obra cit., pp. 295 y 296.

[1520] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 367.

[1521] RUEDA ESTEBAN, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 402. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 95.

[1522] 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. 850.

SANCHÍZ[1523], sin perjuicio de las atribuciones que el causante quiera conferirle, no puede el fiduciario hacerse atribuciones a su propio favor ni siquiera sobre la parte de libre disposición pues entraría en la prohibición de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia de herederos o legatarios (art. 670, pfo. 2º CC). LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1524] añade que, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo, vía la unilateral liquidación de los gananciales que el causante le puede conferir. Pero, a mi modo de ver, eso refuerza la idea de gratuidad en el ejercicio del cargo, no hay onerosidad, pues ni las atribuciones por causa de muerte que le haga el causante al fiduciario ni la partición de la sociedad conyugal son actos a título oneroso o contrapretación debida al ejercicio de su función testamentificadora.

2.4.7. Cargo temporal salvo si se concede expresamente de por vida (art. 831.1, pfo. 2 CC).

2.4.8. Cargo responsable en cuanto que sea administrador de la herencia[1525] y con deber de rendir cuentas como tal administrador, pero no por la ejecución de la fiducia[1526].

**3. Clases de fiducia "dispositiva-partitiva".**

*3.1. Fiducia conyugal vs. fiducia paternal.* SAPENA TOMÁS[1527], a pesar de las pocas diferencias que hay entre una y otra categoría, tal como iremos, viendo distingue

[1523] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 987. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1356, llega a similares conclusiones.

[1524] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1134.

[1525] Así, BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 88 y RUEDA ESTEBAN, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 528. Por mi parte, entiendo que el administrador de la herencia debe ser siempre responsable de su gestión (art. 1100 CC) no sólo en general (art. 1729 CC) especialmente en los sistemas jurídicos en que, por la aceptación, el sucesor adquiere la propiedad y posesión de los bienes hereditarios con efectos retroactivos a la muerte del causante (art. 440 y 998 CC) y consiguientemente una responsabilidad automática y por ministerio de la ley por las deudas del causante y de la herencia, inclusive por las contraídas por el administrador durante la pendencia de la ejecución de la delegación sucesoria. Hay normativas que limitan la responsabilidad del sucesor a los mismos bienes de la herencia (art. 355 CDCFAragón, art. 431-26 CCCataluña para heredamientos) y otros como el vasco (art. 21.3 LDCV y ley 318 CDCFNavarra) al valor de los bienes adquiridos. Fuera de dichas regulaciones, (art. 1003 CC, art. 461-18 CCCataluña para el heredero) determina la responsabilidad que el heredero va a adquirir automáticamente. De ahí la importancia de que se regule no sólo su régimen de responsabilidad por deudas del causante y de la herencia, sino también los efectos retroactivos o no de su llamamiento y hasta qué momento, el fallecimiento del causante o el ejercicio de la delegación sucesoria.

[1526] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 139, distingue cuando el fiduciario sea también administrador, responderá, como todo administrador de patrimonio ajeno, de los daños y perjuicios que se causen al patrimonio administrado por su culpa o negligencia. También el cónyuge-fiduciario como usufructuario. Pero no hay responsabilidad a consecuencia de la ejecución de la fiducia. Estoy de acuerdo y añado: 1º. el sucesor no puede ir contra los actos de su causante, que lo mismo es el fiduciario a estos efectos. 2º. los sucesores presuntos no pueden tener daños, pues siendo revocable el testamento y no adquiriendo el sucesor derecho alguno hasta la apertura de la sucesión, nada ha perdido ex art. 1106 CC pues como gráficamente señalan la STS, Sala 1ª, de 26-12-1996, de 05-11-1998, de 28-10-2004 y 07-07-2005, entre otras, el lucro cesante "no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna" o "meros sueños de ganancia". La jurisprudencia parece optar a favor de la responsabilidad como administrador del comisario sujeto a la legislación civil vasca.

[1527] SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 15.

entre "fiducia paternal" y "fiducia conyugal", según el delegado sea cónyuge del causante o meramente haya tenido descendencia con el mismo.

*3.2. Fiducia de ordenación sucesoria vs. fiducia particional.* Para VELÁZQUEZ VIOQUE[1528] "la actuación del viudo estará sujeta a las determinaciones del delegante, y en este supuesto su función guardará grandes similitudes a las del testamento realizado por comisario de nuestro Derecho histórico. Por el contrario, si la delegación se realiza *generaliter,* sin designación de las actividades a llevar a cabo por el supérstite, se entenderán todas las comprendidas en el articulo 831, y, por tanto, muy parecidas a las de la partición realizada por el propio testador: Implica la posibilidad de que el cónyuge supérstite desiguale a los descendientes comunes en el tercio de mejora y, en su caso, en el de libre disposición. Pero, al igual que sucede cuando el que ordena la sucesión es el propio causante, podrá éste optar por repartir la herencia en partes iguales" . Y por fin "cabe que la delegación otorgada se limite a autorizar la distribución del caudal relicto, y en este caso, la labor del viudo se centrará en la adjudicación de bienes para el cumplimiento de las respectivas porciones que correspondan a los herederos y de las disposiciones establecidas por su cónyuge. Eso sí; la doctrina entiende que en el caso de que se exprese que solamente se concede la facultad de distribución, se debe entender también concedida la de mejorar, salvo que haya una voluntad clara en contra o se haya dispuesto con anterioridad de los dos tercios".

**4. Requisitos de la fiducia "dispositiva-partitiva".**

*4.1. Requisitos subjetivos.* Se suele distinguir entre el causante, el fiduciario y los sucesores[1529].

Con carácter previo, hemos de avisar que las modificaciones introducidas en el Código civil por el art. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica han dejado en gran parte pendiente de reevaluación los requisitos de capacidad que exigían los autores citados. El análisis en profundidad de la relación entre personas con discapacidad y delegación de la facultad de testar se hará en la parte de esta obra que trata de la regulación positiva de la sucesión por comisario en la LDCV.

4.1.1. Causante. a) Capacidad. Como sólo puede conferirse la delegación en testamento (art. 831.1 CC), resultan de aplicación los art. 662-666 CC, o sea, es preciso alcanzar los 14 años de edad[1530] y pasar el juicio de capacidad del notario autorizante del testamento (art. 665 CC). b) Legitimación. El causante ha de tener vecindad civil común al tiempo del otorgamiento[1531] (art. 9.8 y 13 CC, SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-

[1528] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra, *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 51 y 60.

[1529] Aclara SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 6, que no se debe emplear "fideicomitente", ya que es el término apropiado para el fideicomiso ordinario y la sustitución fideicomisaria, lo cual entiendo correcto.

[1530] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 71; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 69; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1328.

[1531] La mayoría de la Doctrina entiende que el art. 9.8 CC salva la validez de la fiducia otorgada conforme a la ley personal del causante al tiempo de su celebración aunque sea otra la ley que rija luego su sucesión, sin perjuicio del ajuste legitimario a la ley que rija dicha sucesión. Así, en Derecho civil

04-2009) u otro punto de conexión que así lo permita, p.ej. conforme al Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo[1532]. Desde la modificación por la Ley 41/2003 fiducirio y comisario no han de estar casados, bastando que tengan descendencia común. No obstante la literalidad del del art. 831.6 CC (" Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí") han inducido a pensar a GARCÍA RUBIO y PÉREZ VELÁZQUEZ[1533] que literalmente autorizaría la delegación hecha por el abuelo materno a favor del padre de sus nietos, con quien no está casado y con quien comparte descendencia común, pero rechazan tal extensión, de modo que dicho ap. 6 sólo es una plena equiparación de la fiducia entre cónyuges a la fiducia entre progenitores, lo que en mi opinión se deduce de la E.d.M., ap. VII-d) de la Ley 41/2003 "Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí".

4.1.2. Fiduciario[1534]. a) Capacidad. SAPENA TOMÁS[1535] distingue entre el ejercicio de la fiducia por testamento, en cuyo caso bastará la capacidad vista para testar, de la ejecución entre vivos, para lo que entiende puede hacerlo el menor emancipado (art. 314 CC) tanto porque éste puede enajenar concurriendo el consentimiento de su cónyuge (art. 323 y 324 CC) y tal consentimiento viene ínsito en la fiducia, como por analogía con el mandato (art. 1716 CC). RUEDA ESTEBAN[1536] opina que precisará la capacidad exigida por cada tipo de acto. Respecto al momento de

---

autonómico, para el País Vasco: CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 172, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 144. Para Cataluña: GARRIDO MELERO, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas" en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1201. En Aragón, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 891, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 84, MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 105. En Derecho común mantiene la misma posición RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1328. Sólo PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 594, afirma que "no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas generales 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".

[1532] En virtud del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, podría darse el caso de persona sin nacionalidad española, sin vecindad civil en consecuencia, pudiera otorgar poder testatorio/fiducia sucesoria, ora si ha efectuado *professio iuris* al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Cfr. IRIARTE DE ÁNGEL, Fª. de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales", obra cit., pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[1533] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 72. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1158.

[1534] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1155 le denomina "fiduciario, delegado, comisionado o actuante".

[1535] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 29. También ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 71.

[1536] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 356.

ostentar esa capacidad para "mejorar y partir" se entiende que ha de darse en el momento de su ejercicio[1537]. No obstante, RUEDA ESTEBAN[1538] entiende que se debe tener esa capacidad en los distintos momentos de la fiducia; es decir, no sólo en el momento de la apertura de la sucesión (para aceptar la delegación), sino también en el momento de la realización de cada acto de distribución ó adjudicación". Esta es solución mejor para PARRA LUCÁN[1539] porque hace concurrir la capacidad necesaria para el inmediato cumplimiento de sus deberes de seguido de la muerte del causante. MERINO HERNÁNDEZ[1540] le atribuye como ventaja evitar dilaciones excesivas hasta que el fiduciario sea mayor de edad, así como tener un carácter más ajustado a un sistema de legítimas individuales de inmediata exigencia tras la muerte del causante[1541].
b) Legitimación. Hasta la Ley 41/2003 sólo podía serlo el cónyuge del causante y bastaba que lo fuera al tiempo de la apertura de la sucesión[1542], lo que mereció crítica doctrinal[1543]. Ésta reforma introdujo el ap. 6 al art. 831 CC que permite delegar "cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.". A partir de ahí, una parte, de la doctrina[1544] exige que ha debido haber convivencia *more uxorio* entre fiduciario y causante, frente a otro sector de autores que entienden que basta la mera existencia de descendencia común[1545].

---

[1537] CÁMARA LAPUENTE *Código civil comentado*. Vol. II, obra cit., pp. 933. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.
[1538] Ibídem.
[1539] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 595.
[1540] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 50 y 120.
[1541] Por la razón contraria, respecto del poder testatorio vasco, que tiende a alargarse en situación de legítimas colectivas, cfr. SAP de Bizkaia, sec. 4ª de 01-02-2019.
[1542] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 15.
[1543] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1156, RUEDA ESTEBAN, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 390.
[1544] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1118; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp., 244; RUEDA ESTEBAN, José-Luis: *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 302: "Por lo tanto debe ser una relación cuasi marital o parecida a la marital. En ese caso, la confianza que suscita en el cónyuge o pareja delegante es la misma que podía suscitar un amigo o un pariente, y para éstos el art 831 CC no admite delegación (…) la interpretación literal del (…) apartado 6º, que es perturbador (…) Pero lo cierto es que la única razón de admitir – como hace el 831 CC – que puedan delegar las parejas de hecho, es la similitud de éstas con el matrimonio, en cuanto no haya esa similitud, estaremos fuera de los presupuestos del 831 CC y nos hallamos ante el presupuesto del 830 CC". Ahora bien, este mismo autor, RUEDA ESTEBAN, José-Luis en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1323 no exige inscripción de la pareja en registro alguno, bastando el reconocimiento de la situación de hecho, p.ej. en el propio testamento que ordena la delegación.
[1545] GARCÍA RUBIO, María-Paz., "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 72; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1607; PÉREZ VELÁZQUEZ, obra cit., pp. 1158; MARTÍNEZ SANCHIZ, obra cit., pp. 981; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*. Vol. II., pp. 933; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1324. ALBALADEJO, *El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona*, obra cit., pp. 5.

FERNÁNDEZ HIERRO y PÉREZ VELÁZQUEZ[1546] advierten de la posibilidad que otorga el ap. 5 del art. 831 CC de que el testador delegue en los respectivos progenitores de los respectivos hijos, creando una especie de pluralidad de comisarios, lo cual, además de ser una situación inédita en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que admiten la figura del comisario, podía dar origen, como es fácil de prever, a numerosas complicaciones. Se opone con razón RAMS ALBESA[1547] porque es "preciso para la designación que el fiduciario comparta con el causante la generación de descendencia común, bien sea matrimonial o no matrimonial, con las limitaciones de no estar el fiduciario casado o unido a otra persona y no tener hijos no comunes. Por el contrario, no es precisa, ahora, la subsistencia del matrimonio en el momento de la muerte del causante (art. 831,5) como señalaba con razón y para los anteriores textos la mejor doctrina, pese a que el texto del párrafo señalado se refiera a la pérdida de la facultad de mejorar y distribuir por contraer nuevo matrimonio, establecer una unión «análoga» a la matrimonial o tener hijo no común, pues el conflicto de intereses que la norma trata de evitar no es otro que el derivado de la mera posibilidad o realidad de supervivencia de hijos propios del fiduciario".

4.1.3. Sucesores. a) Capacidad. Han de tener capacidad de suceder al tiempo del ejercicio de la fiducia, durante el plazo de vigencia de la misma (RDGRN de 06-06-2016). HERRADA ROMERO y RUEDA ESTEBAN[1548] admiten que el fiduciario proceda a la la designación del "concepturus" y la posibilidad de la sustitución fideicomisaria impuesta a éste. b) Legitimación. Hay unanimidad de la doctrina estudiada en que los beneficiarios pueden ser tanto hijos como descendientes comunes de ulterior grado[1549]. También hay quien opina, con razón, que el causante puede borrar de la lista de elegibles a alguno de ellos[1550]. De hecho, a mi entender, el principal problema del art. 831 CC no es tanto sortear la prohibición del art. 670 CC sino que el delegado pueda ajustar el "encaje de bolillos" legitimario teniendo en cuenta la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima al tiempo de abrirse la sucesión (art. 808, 813, 814, 815, 817 y 818 CC). De ahí que la doctrina pujase por el otorgamiento de testamentos y donaciones particionales como medio de ejecución de la fiducia, lo que ha hecho el art. 200.1.1º LDCGalicia.

VELÁZQUEZ VIOQUE GARCÍA RUBIO y MARTÍNEZ SANCHÍZ[1551] recuerdan que ni con dispensa del causante se puede autorizar al delegado a hacer atribuciones a terceros ajenos al grupo de descendientes. Y añade el último autor citado que, sin perjuicio de las atribuciones que el causante quiera conferirle, no puede el

[1546] FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel. "La reforma del Derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", obra cit., pp. 32. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1140.

[1547] RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*. Dykinson, Madrid, 2004. ISBN 84-9772-323-6, pp. 355.

[1548] HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2499. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1330 y 1335.

[1549] Novedad introducida por la Ley 41/2003 y previamente defendida por VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XI, obra cit., pp. 77.

[1550] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*. Vol. II., pp. 935, defiende que el causante puede restringir el círculo de beneficiarios potenciales.

[1551] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 60. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 73. MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 987.

fiduciario hacerse atribuciones a su propio favor ni siquiera sobre la parte de libre disposición pues entraría en la prohibición de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia de herederos o legatarios (art. 670, pfo. 2º CC).

Por el contrario RUEDA ESTEBAN[1552] aunque no apuesta por ello decididamente, sí que explora la posibilidad de que, como quiera que el art. 831 CC no lo prohíbe, el testador pueda delegar en el fiduciario, expresamente, la facultad de mejorar a favor de hijos del finado que no sean comunes. Además dicho autor entiende que la expresión del art. 831.4 CC "Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido" permite al delegado hacer atribuciones al hijo no común para salvar su preterición y por tanto salvar los efectos de ésta dados por el art. 814 CC[1553].

La doctrina estudiada entiende de modo unánime que la legítima estricta de los descendientes no comunes no sufre ningún tipo de alteración, de modo que ni puede ser aplazada ni pagada en bienes no hereditarios ni distribuida por el fiduciario[1554]. A partir de ahí se discute si la legítima larga, o mejora de dichos descendientes no comunes, debe ser respetada por el fiduciario, posición mayoritaria[1555] o sólo la estricta (ALBALADEJO GARCÍA[1556]).

Por lo tanto, vaya por delante como señalan FERNÁNDEZ HIERRO y VELÁZQUEZ VIOQUE[1557] que la manera más sencilla de salvar la validez y eficacia de la delegación es que el causante otorgue testamento en relación a los hijos no comunes "separando su haber especial". ROCA-SASTRE MUNCUNILL[1558], propone otra solución a este problema, que consiste en que el cónyuge fiduciario renuncie a su cuota legitimaria, en cuyo caso cabe considerarlo investido contador-partidor en las términos del art. 1057 del CC respecto de quienes no sean hijos comunes.

*4.2. Requisitos objetivos.* Como recuerda RIVAS MARTÍNEZ[1559], la dificultad en la interpretación de la actual redacción del art. 831 CC, radica, como hemos reseñado

---

[1552] RUEDA ESTEBAN *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 466. A favor también RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1628.

[1553] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1342.

[1554] Así lo resume PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1193.

[1555] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1129; RUEDA ESTEBAN *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 455; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp., 101; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1627; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*. Vol. II., pp. 943. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 416.

[1556] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 80.

[1557] FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel. "La reforma del Derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", obra cit., pp. 30. VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 59.

[1558] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 250.

[1559] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1569.

arriba, en que la norma no admite que el delegado "pueda hacer todo"[1560]. Por lo tanto es clásico citar que lo que se puede hacer es mejorar y partir la herencia como el propio testador: "mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar", así como con cargo a bienes del delegado. Y según LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA y GARCÍA RUBIO[1561] quedan sujetos asimismo a la facultad del fiduciario los bienes en "pro indiviso" ordinario pertenecientes a éste y al causante, casados o no.

Tradicionalmente[1562] se distinguía entre "facultad de mejorar" y "facultad de distribuir" y se aceptaba que el causante podía otorgar una sola o ambas. Pero dicha clasificación ha quedado obsoleta tras la reforma del Código civil por la Ley 41/2003, por lo que procede que revisemos las cuatro facultades típicas de la delegación de la ordenación sucesoria[1563]:

4.2.1. Facultades de ordenar la sucesión. El delegado del art. 831 CC no está en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste[1564], pues sólo se permite delegarle la facultad de mejorar (incluido el tercio de libre disposición) sin la de distribuir o viceversa o ambas.

a) La institución, de heredero o herederos. RUEDA ESTEBAN y MILLÁN SALAS[1565] niegan esta facultad al fiduciario a tenor del art. 670 CC. ROCA

---

[1560] Al contrario, p.ej. que el art. 457.1 CDFAragón, el art. 71 CDCBaleares, el art. 197 LDCGalicia y el art. 30 LDCV.

[1561] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp.1152. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 92.

[1562] La facultad de mejora era la de efectuar toda clase de mejoras, sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota. Es decir una ordenación sucesoria sobre el tercio de mejora y también el de libre disposición. Además está la facultad de hacer la partición, pero como el propio testador, si guardar la estricta igualdad de lotes y con una posibilidad de impugnación limitada. Igualmente entiende que concedida la facultad de distribuir, se incluye la de mejorar, y viceversa, salvo que la voluntad del testador sea clara en sentido contrario. También GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 377 y 378. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 379; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 245; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. *Tomo VI, Sucesiones*, obra cit., pp. 597 y VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 51 y 60.

[1563] CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT, "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 851, inspirándose en MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 90. CERDÁ JIMENO, José, "*Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*", Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1384, recoge la misma clasificación. Esta categorización la dio en 1972 CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 765.

[1564] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1331 y 1332; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 91; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1569, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 237.

[1565] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 399. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 420 y 421.

GUILLAMÓN[1566] es de la misma opinión basándose en la literalidad de la E.d.M. de la Ley 4/2003 que dio nueva redacción al art. 831 CC ("se concede al testador amplias facu1tades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto"). La RDGRN de 18-12-2019 también niega al fiduciario la facultad de instituir herederos.

En tal caso el título sucesorio de los adjudicatarios elegidos por el fiduciario, a decir de VELÁZQUEZ VIOQUE y VALLET DE GOYTISOLO[1567] es que "si la herencia es intestada - y entonces los hijos tienen la condición de herederos-, o si el beneficiario fue nombrado heredero por el causante, habrán de considerarse prelegados, ya sean de cosa determinada o de parte alícuota, cuando el delegante sólo autorice a mejorar y no a distribuir los bienes. De no ser así, es decir, si el beneficiado por la actuación del comisario no tiene la condición de heredero, p.ej. un nieto no legitimario, la disposición tendrá el carácter de legado, ya que las facultades concedidas por el artículo 831 no abarca la de nombrar heredero".

Al contrario, la mayor parte de la los autores modernos[1568] entiende que la autorización a atribuir que dice el art. 831 CC ("por cualquier título o concepto sucesorio") es suficientemente clara en autorizar que el fiduciario pueda instituir herederos del causante, opinión que comparto.

La doctrina mayoritaria, la RDGRN de 18-12-2019 y la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009 entienden personalísima la facultad de desheredar (art. 856 CC) y por tanto vedada al fiduciario[1569]. Por su parte, GARRIDO DE PALMA y RIVAS MARTÍNEZ[1570] entienden que el causante puede autorizar expresamente al fiduciario a

---

[1566] 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, obra cit., pp. 4293.

[1567] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 63. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 378.

[1568] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 34, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1127; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 92; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1182; ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 95, BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 83; CÁMARA LAPUENTE *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 933. GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Los nuevos artículos 831 y 1055,2º del Código civil. Algunas aplicaciones" , en J.M. González Porras, F.P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, Tomo I. Colegio Nacional de Registradores y Universidad de Murcia, 2004 y Colegio Nacional de Registradores y Universidad de Murcia, 2004, Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X, pp. 2024.

[1569] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 390; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 74; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 936; GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Los nuevos artículos 831 y 1055,2º del Código civil. Algunas aplicaciones", obra cit., pp. 133; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp.1642. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 420 y 421.

[1570] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "El articulo 831 del Código Civil", obra cit., pp. 246. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp.1642.

perdonar la causa de desheredación o indignidad[1571], e incluso que el fiduciario pueda desheredar. En cuanto a la rehabilitación del indigno MILLÁN SALAS, GARCÍA RUBIO y RUEDA ESTEBAN[1572] le niegan esta facultad al fiduciario por su carácter igualmente personalísimo (art. 757 CC), mientras que SAPENA TOMÁS[1573] admite la rehabilitación del indigno o la remisión de la desheredación por el fiduciario sólo si el testador desconocía a su fallecimiento la causa correspondiente.

b) La distribución de los bienes del causante. Resulta clásica la cita de VALLET DE GOYTISOLO[1574] sobre en que consistía "partir y mejorar", función, que como hemos visto, hay unanimidad doctrinal en que sí le compete al fiduciario. Dice dicho autor que "no sólo le permite disponer a tal fin del tercio de mejora, sino también el de libre disposición, lo que implica un acto de doble contenido: uno de naturaleza subjetiva, eligiendo el descendiente o descendientes comunes favorecidos, y otro de naturaleza objetiva a fijar el importe de la cuota, que puede hacerlo con o sin entrega inmediata de los bienes, pero, además puede efectuar atribuciones de bienes concretos y adjudicaciones a cuenta de una futura partición, y como señala la doctrina científica se le concede tal amplitud de facultades que le aleja de la figura del contador partidor, permitiendo al cónyuge fiduciario realizar una auténtica división de herencia".

Según GARRIDO DE PALMA[1575] la función de dividir o partir, no precisa igualdad; consiste en asignar a cada hijo bienes de la herencia en la proporción que se quiera prudentemente y respetando las legítimas, las mejoras hechas por el causante y las donaciones que éste hizo en vida o los legados dispuestos y que quepan en el tercio de libre disposición. Y, en opinión de ALBALADEJO GARCÍA[1576], podrá ser en la forma que tenga por conveniente y, por tanto, en partes iguales o desiguales, ya sea mediante legados o a través de donaciones "una atribución en concepto de mejora, o mejora de cuota, o de cosa determinada, asignando o no bienes concretos, y hacer la mejora que sea a título de legado o de herencia, libre de gravamen o gravada a favor de otro descendiente, etc.".

---

[1571] SAPENA TOMÁS, obra cit., pp. 48. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, obra cit., pp.1642.

[1572] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 420 y 421. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp., 74. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 390: "Las causas de indignidad son legales, por lo que producen sus efectos con independencia de la decisión del fiduciario y en relación exclusivamente al conocimiento de ellas que tuviese el testador. Por lo tanto, si existía una causa de indignidad y el testador había rehabilitado al indigno, no será modificada la situación por la fiducia. Si se incurrió en indignidad y no hubo rehabilitación por el testador, no cabrá tampoco que lo haga el fiduciario puesto que de una facultad personalísima se trata".

[1573] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 49: si el difunto tuvo conocimiento de ellas y pudiendo hacerlo no las dispensó, el fiduciario no podrá contrariar su presunta voluntad, cual si expresa fuere, por tratarse de disposiciones del causante; pero si murió sin saberlas ni dispensarlas, el viudo, que luego las conoce, puede excusarlas con una decisión que es consecuencia del encargo familiar que ha recibido.

[1574] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 413. Que incluso transcribe la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015.

[1575] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Visión notarial del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 374.

[1576] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 79.

c) Fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos. Según ALBALADEJO GARCÍA y GARCÍA RUBIO[1577] el delegado no puede ordenar sustituciones fideicomisarias en nombre del testador, porque esto sería tanto como instituir herederos; sin embargo, cabe que el testador haya previsto expresamente esta posibilidad, designando los sustitutos. En el mismo sentido se pronuncia la RDGRN de 18-12-2019.

La mayor parte de los autores[1578], no obstante admitían como excepción que cabría que el fiduciario gravara a los herederos con sustitución fideicomisaria con carga sobre o a favor de otro hijo discapacitado (art. 782 y 808 CC). La reforma del Código civil por la Ley 8/2021 ha variado el art. 808 CC, de modo que incluso la legítima estricta de los demás descendientes puede ser gravada a favor de un descendiente discapacitado[1579].

Por fin, hay una minoría de autores que opina[1580] que el fiduciario sí puede imponer condiciones, términos y modos, con el límite de respetar la legítima estricta, postura que entiendo la postura más correcta, desde el momento en que el fiduciario puede asignar bienes "por cualquier título".

d) Señalamiento y pago de legítimas. Para FERNÁNDEZ HIERRO[1581] en principio, el cónyuge supérstite podrá atribuir mayor o menor porcentaje en los bienes de la herencia a cada uno de los hijos comunes siempre que se respeten las legítimas. Añade que si el testador asignara un porcentaje mínimo a cada heredero, superior a la legítima estricta, pero que no consuma la totalidad de los tercios de mejora y de libre disposición, parece admisible entender que el cónyuge viudo podrá aumentar dichos

---

[1577] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 14. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 104.

[1578] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 412; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 998; RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 357; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 85; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 408; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1130 y GARRIDO DE PALMA "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 370; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 942.

[1579] Art. 808 CC "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición. Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique".

[1580] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 23. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo (raj 2019, 2113)", obra cit., pp. 510 defiende el límite absoluto de la legítima estricta. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 419.

[1581] FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel. "La reforma del Derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", obra cit., pp. 28.

porcentajes en virtud de las facultades genéricas que se le confieren en el art. 831 CC, y porque, de no entenderlo así, no tendría sentido su designación. Según LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA y RUEDA ESTEBAN[1582] el cónyuge fiduciario tiene la facultad de adjudicar y atribuir el uso de la vivienda habitual del causante al hijo o descendiente incapaz (art. 822 CC). Y añade este último autor citado que no podrá privarse del derecho de ocupación de dicho incapacitado sobre la vivienda.

El art. 831, ap. 1 y 3 CC, permite el pago de las legítimas de los adjudicatarios en la fiducia no sólo con bienes privativos del causante, sino también con los de la sociedad de gananciales sin liquidar, también con bienes en pro indiviso perteneciente al fiduciario y al causante, como vimos arriba, e incluso con los propios del fiduciario (con eventual derecho de reembolso[1583]). Estas posibilidades en opinión de la mayor parte de los autores[1584], supone mutar las legítimas de los adjudicatarios por un *pars valoris* o derecho de crédito frente a la herencia, si bien advierten que ello impide que actúen los mecanismos de protección de la legítima *pars bonorum*.

Este punto de vista ha sido aceptado por la RDGRN de 18-12-2019 que remite a los lesionados a la acción de rescisión contra los actos del delegado[1585] (art. 831.2 CC). Que la acción sea rescisoria es debido según MARTÍNEZ SANCHÍZ[1586] a que la ejecución por el fiduciario de su encargo es equivalente y por tanto sujeta a las mismas acciones que la partición efectuada por el testador (art. 1075 CC). Sin embargo, según gran parte de los autores[1587] la acción no es tanto de rescisión por lesión, como de reclamación de legítima, equivalente al art. 815 CC, cuando se han traspasado los

---

[1582] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1132. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1333

[1583] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 999. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 26. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1613 y 1620.

[1584] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 89; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 222; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 942. MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", pp. 998, que no lo defiende del todo, pero entiende que la diferencia es escasa.

[1585] RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1627. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 100 entiende el art. 831 CC no debe impedir la aplicación de las reglas generales de Derecho sucesorio en cuanto a la posibilidad de ejercicio de las acciones rescisorias por parte de cualquier interesado en la sucesión o de los acreedores del causante y las generales del tráfico jurídico, incluida la de nulidad, en cuanto a los derechos de los terceros ni impedir, si lo consideran más oportuno, que los legitimarios agraviados por el favorecido utilicen la acción de complemento de legítima en los términos previstos en el art. 815 CC. También CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 941. Desde luego, los hijos no comunes del causante tienen todas las acciones en defensa de su legítima según RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1337.

[1586] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 999.

[1587] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 493; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1143; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 64 y 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, obra cit., pp. 4294. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1586.

límites impuestos a favor de los descendientes comunes, lo que se confirma, en mi opinión por la remisión del art. 831.4 CC a las normas sobre preterición (art. 814 CC). Y, como dice GARCÍA RUBIO[1588], aunque no se trate exactamente de una rescisión de la partición en el sentido de los art. 1074 y ss. CC, parece que pueden utilizarse analógicamente las reglas de ésta, y en concreto que el fiduciario demandado podrá utilizar la opción prevista en el art. 1077 CC, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. No obstante, que a los legitimarios se les remita al ejercicio de esta acción para recuperar plenamente sus derechos plantea problemas según exponen RIVAS MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ HIERRO[1589].

El pago de la legítima estricta debe realizarse tras la apertura de la sucesión testamentaria y una vez fijada su cuantía, sin esperar a los plazos que permite el art. 831 CC (SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015; STS, Sala 1ª, de 24-05-2019, RIVAS MARTÍNEZ, CÁMARA LAPUENTE y ALBALADEJO GARCÍA[1590]). Así la jurisprudencia asume la postura de los autores mayoritarios que consideraban el inmediato abono de la legítima estricta como un derecho básico del heredero forzoso que no puede quedar sujeto a plazo impuesto por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la propia norma, como, p.ej, entre otros, art. 1056 CC[1591], caso de la preservación indivisa de una explotación, o del art. 844 CC, caso del pago de la legítima en metálico. Quedan, por tanto jurisprudencialmente desautorizadas las opiniones de ciertos autores, así BOLÁS ALFONSO[1592], que admiten la dilatación del pago de todas las legítimas al momento posterior más conveniente, a criterio del fiduciario, sin precipitarse. Por tanto tampoco tendrían sanción judicial opiniones como la de RUEDA ESTEBAN[1593], quien entiende posible que el fiduciario dilate el pago de

[1588] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 100.

[1589] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1587, 1626 y 1627. FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel, en "La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", obra cit., pp. 31 y 32: "la rescisión de los actos que puede pedir es, según el nuevo precepto, la de aquellos que sean necesarios para dar satisfacción al interés lesionado, con cuya redacción cabe plantearse diversos problemas: (…) 1º) En el supuesto de actos de adjudicación sucesivos — que son aquellos a los que parece referirse específicamente el 831-3, párrafo 2º— ¿puede solicitarse la rescisión mientras no se hayan terminado de adjudicar los bienes del causante? En la mayoría de los casos no será fácil que esto suceda, ya que mientras haya bienes por repartir será difícil demostrar que se han incumplido las legítimas y los porcentajes atribuidos por el causante. No obstante habrá supuestos en que dado el valor de lo ya repartido y de los bienes que quedan sin repartir, pueda llegarse a esa conclusión de manera inequívoca, aun cuando queden bienes del causante. 2º) En la hipótesis de existir actos de enajenación sucesiva y no quedar, con el último de ellos bienes suficientes para cubrir la legítima de uno de los hijos o descendientes ¿que tendría que atacar éste, la última adjudicación o todas ellas? La respuesta no es fácil, ya que la última ha sido la gota que ha hecho exceder el agua del vaso, pero si cada uno de los actos de disposición ha sido efectuado a favor de un hijo o descendiente diferente, no parece equitativo que el último realizado sea el único que se impugne. Parece más lógico la rescisión de todos ellos en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado, empleando las palabras del artículo".

[1590] RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1584. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, Civitas, 2011, obra cit., pp. 942. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 20.

[1591] Facultad que ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 246, entiende conferida al cónyuge delegado del art, 831 CC.

[1592] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 84.

[1593] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1340 y 1341.

las legítimas en aras a mantener indivisa la empresa en línea con el art. 1056 CC, en situaciones excepcionales (prodigalidad o conducta reprobable de los hijos), lo cual podría tener lugar siempre que dicho testador lo justifique debidamente, o incluso que el fiduciario pueda pedir al Juez un plazo en tales casos.

4.2.2. Límites. Conforme al art. 831.3 CC "El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas[1594] de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de ésos". No obstante dicha relación no es completa, pues hay una variedad de límites por aplicación de diferentes preceptos del Código civil[1595], de entre los cuales aquí vamos a tratar los de fondo:

a) El respeto a las disposiciones del causante[1596], pues el fiduciario no podrá modificar su propia encomienda, ni revocar o modificar el testamento del comitente[1597]. VALLET DE GOYTISOLO[1598] interpreta al efecto que "no creo posible estipular en el pacto ni autorizar en testamento que quede al arbitrio del supérstite la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios o la revocación de mejoras, pues contravendría la prohibición del artículo 670, sin encajar en la autorización del artículo 831".

b) El respeto a las concretas instrucciones dadas por el causante[1599].

---

[1594] Por lo tanto la delegación se proyecta sobre el tercio de libre disposición y el de mejora, como adelantó la Doctrina: VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 412 y 413; LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 455; GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código civil. Algunas aplicaciones", obra cit., pp. 2024. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 1592.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, obra cit., pp. 248; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1333; ALBALADEJO, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 10. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 424.

[1595] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1334: "legítimas, intangibilidad de la legítima, menores, incapacitados, uso y habitación de la vivienda habitual a favor de los discapacitados, inoficiosidad y reducción de donaciones, reservas, personalismo del testamento, prohibición de pactos sucesorios y testamentos mancomunados, reglas de partición. En segundo lugar; los que resultan del principio de libertad de testar y autonomía de la voluntad del testador, esto es, el respeto que se debe a lo dispuesto por él, en su testamento".

[1596] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp.91 y 105, RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1569. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 79 y 80; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1336.

[1597] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1334 y BLASCO GASCO, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil. Sucesiones* obra cit., pp. 227. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 420.

[1598] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 375.

[1599] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 93; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 45; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp.1188. ROCA GUILLAMÓN, Juan. "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil,

c) El respeto a las mismas normas imperativas que vinculan al causante, conforme al marco normativo de la sucesión, su ley personal en el momento de su fallecimiento (art. 9.8 CC), por excelencia la legítima estricta (art. 806 y ss. CC), según la doctrina[1600], así como reservas y reversiones.

d) Disposiciones irrevocables para el propio causante. MILLÁN SALAS[1601] defiende, con razón que aunque el art. 831 CC "no lo dice, también está limitada la facultad del viudo en la misma medida que lo estaría para el causante; límites nacidos de pactos sucesorios (art. 1331 C.c.), de promesas de mejorar o de no mejorar (art. 826 C.c.) y del carácter no colacionable de la donación entre vivos realizada por el difunto[1602] (art. 1036 C.c.)".

*4.3. Requisitos formales.* La Ley 41/2003 eliminó el tradicional otorgamiento de la fiducia sucesoria del art. 831 CC en capitulaciones matrimoniales[1603], por lo que queda la forma testamentaria, exclusivamente, aunque dicho testamento no precisa de escritura pública, según la mayoría de la doctrina[1604], luego valdrá cualquier tipo de

---

Ley 41/2003", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2, obra cit., pp. 4289. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 79 y 80 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 10. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1334.

[1600] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en *La mejora*, obra cit., pp. 79 y 80 y mismo autor en "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 6. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 941. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1334. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 420.

[1601] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 425. En similar sentido, RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1334. VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 63. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1569: "… no puede ser objeto de delegación las facultades que no incumben al delegante, como el consentimiento a las declaraciones de privacidad (art. 95 RH); el ejercicio de la opción que la ley reconoce en los legitimarios (por ejemplo, optar por la solución del art. 820-3 CC); o las decisiones que incumben a otros (ejercicio del "ius delationis" por transmisión). No se puede entender BERMEJO PUMAR (ob. cit., pág. 674) delegadas facultades sobre aquello que no es o que dejó de ser del delegante, como los bienes donados. No puede actuar fuera de la esfera patrimonial que no es disponible por el causante, como lo donado por éste. El delegado no puede decidir sobre la inoficiosidad ni sobre la colación entre herederos forzosos. El delegado debe respetar las disposiciones que el causante hubiese hecho (art. 831-3 CC)...".

[1602] El Tribunal Supremo que entiende que la dispensa de la donación es unilateral y libremente revocable por el causante (STS, Sala 1ª, de 20-07-2018 y STS, Sala 1ª, de 06-03-2019). Según las SAP Madrid, sec. 8ª, de 07-05-2018 y 28-12-2018 la dispensa de la colación es un acto personalísimo del testador, lo que se desprende del art 670 CC. A tenor del art. 58 LDCV no sucede lo mismo en el Derecho civil vasco pues en la facultad de donar concedida por poder va la de apartar a los legitimarios y por tanto la de dispensar de computación y de colación lo así donado, cfr. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 17-04-2020.

[1603] Constata PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 28, con un análisis de la casuística judicial el declive de las capitulaciones matrimoniales como instrumento de ordenación de la sucesión desde mediados del siglo XX, pues ya no tratan de regular la sucesión de "La Casa" sino anticipar los efectos de la ruptura del matrimonio.

[1604] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 69; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1123; GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código civil…", obra cit., pp. 2024; BLASCO GASCO, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil. Sucesiones* obra cit., pp. 227. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel. "La Fiducia Sucesoria Aragonesa", obra cit., pp. 53; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 932. ALBALADEJO GARCÍA, Maneel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por

testamento, incluido el ológrafo, lo que merece la lógica crítica de RUEDA ESTEBAN y RIVAS MARTÍNEZ[1605] en el sentido que una institución tan técnica como la que estudiamos a falta del asesoramiento de un notario, puede hallarse fácilmente con causas de ineficacia. Los únicos autores a favor de la subsistencia de la constitución de esta fiducia sucesoria en capitulaciones matrimoniales son GARRIDO MELERO y RAMS ALBESA[1606] para quien todavía puede pactarse en capitulaciones matrimoniales, dada la ausencia de prohibición expresa del art. 831 CC y la subsistencia de la mejora acordada en capítulos (art. 826 y 827 CC).

**5. Efectos pendientes la ejecución de la fiducia "dispositiva-partitiva".**

*5.1. Pendencia de ejercicio y meras expectativas de los sucesores presuntos.* Ya hemos visto que los que tengan la condición de legitimarios, pueden reclamar y obtener su cuota en el tercio de legítima estricta, en bienes de la herencia o en metálico en su caso, derecho que adquieren al tiempo de morir el *de cuius* y que se transmite a sus herederos, aunque no fueren descendientes comunes de aquél y su cónyuge. Pero en los otros dos tercios de la herencia ni los legitimarios ni los demás descendientes tienen otro derecho que el de aceptar o repudiar el llamamiento que en su caso se les haga el fiduciario, sin poder obligarle al efecto.

*5.2. Formación de inventario y usufructo del fiduciario viudo.*

5.2.1. Inventario. RIVAS MARTÍNEZ, ESPIÑEIRA SOTO y CÁMARA LAPUENTE [1607], entienden que el art. 831 CC no sujeta los actos del delegado a un previo inventario y valoración de los bienes porque las actuaciones del delegado son adjudicaciones preliquidatorias que no le imponen la responsabilidad de las operaciones de liquidación. En posición contraria, que comparto totalmente, BOLÁS ALFONSO y RUEDA ESTEBAN[1608] señalan, que como administrador de bienes ajenos, el delegado debe formar inventario aunque no prestar fianza, sobre todo porque siendo la legítima que debe pagar "pars valoris", a falta de inventario, el legitimario no podrá nunca conocer si la disposición de uno o varios bienes de la herencia respeta su legítima. Reitero mi acuerdo y añado que la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015 y la STS, Sala 1ª, de 24-05-2019 implícitamente imponen la necesidad de inventario cuando declaran la exigibilidad de la legítima estricta, tras la apertura de la sucesión testamentaria y una vez fijada su cuantía, operaciones de cálculo y pago que no pueden tener lugar sin previo inventario y avalúo de la herencia.

---

el causante a otra persona", obra cit., pp. 9, defiende que el testamento puede ser anterior o posterior al matrimonio, constitución de la pareja de hecho o tenencia de hijos comunes.

[1605] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 256. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1615.

[1606] GARRIDO MELERO, Martín, *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1204. RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 347.

[1607] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1570. ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada. "Reflexión práctica sobre las siguientes cuestiones que suscita el artículo 831 CC", obra cit. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*. Vol. II, obra cit., pp. 937.

[1608] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 89. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1344.

5.2.2. Usufructo. El inventario se impondría también necesariamente el fiduciaro si este fuese designado testamentariamente como usufructuario o simplemente por su derecho legitimario (art. 491 y 834 y ss. CC).

De hecho señalan los autores como aconsejable para proteger los derechos del viudo[1609], que la fiducia vaya acompañada del otorgamiento al viudo del usufructo vitalicio universal sobre la herencia pues esta situación de pendencia de los derechos de los legitimarios es más protectora de dicho su usufructo que la "cautela socini". Están de acuerdo MARTÍNEZ SANCHIZ y GARRIDO DE PALMA[1610] quienes recomiendan que los cónyuges se hagan recíprocamente la delegación y autoricen el ejercicio de la misma en testamento a fin de refundir sus patrimonios en una única masa sucesoria. También lo entiende así GARCÍA RUBIO[1611] quien echa de menos una norma estatal que otorgue algún tipo de derecho legitimario a las parejas de hecho.

Dicho señalamiento de usufructo universal elimina otro problema de coexistencia de dos administraciones. Efectivamente, el art. 831.2 CC atribuye al cónyuge fiduciario la administración sobre el tercio de libre disposición y el de mejora. Pero si los legitimarios han aceptado su llamamiento sobre la legítima estricta se forma una comunidad de disfrute con el viudo usufructuario (SAPENA TOMÁS[1612]) que supondrá dos administraciones concurrentes sobre la comunidad hereditaria. Aparte, de que la solución a esta inconveniencia puede ser el nombramiento de albacea, incluso a favor del mismo fiduciario, no hay duda que el otorgamiento por el causante de un usufructo universal a favor del delegado viudo evita este problema pues será el único administrador (cfr. art. 467 y ss. CC).

Luego a los legitimarios sólo les quedará una acción declarativa de petición de herencia ex art. 806 y ss. CC contra su progenitor fiduciario para enervar el usufructo universal a favor del mismo, bajo el riesgo de que ello seguramente encone a este último y no los vaya a beneficiar en la sucesión del fiduciante, lo que probablemente les disuada de hacerlo.

*5.3. Administración y representación.* Estando la delegación en fase de expectativa de su ejercicio, entre la muerte del causante y hasta su ejercicio o frustración es imprescindible que se regule la administración y representación de la herencia. Tanto si el causante nombró herederos, como no, si existen legitimarios, que tienen derecho a los bienes de la herencia (art. 806 CC), existe una comunidad hereditaria que habrá de ser administrada (art. 999 y 1026 CC). Si el causante nombró

[1609] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1344; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 50; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1145; RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp.356; GARRIDO DE PALMA, Víctor, "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 368; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 86 y 95.

[1610] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 995. GARRIDO DE PALMA, Víctor. "Los actuales artículos 831 y 1.056-2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legitimas", obra cit., pp. 135.

[1611] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 73.

[1612] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 55.

albacea de su herencia no hay problema pues al mismo le corresponde la administración (art. 892 y ss. CC).

Pero si no había albacea nombrado, antes de la reforma del art. 831 CC por la Ley 41/2003 se apuntaban diferentes soluciones al problema de quién era el administrador. Tales como que la misma correspondía a los herederos presuntos con mayorías a formarse teniendo en cuenta la participación abintestato de cada uno de ellos, bien por mayoría de los mismos, como defendió LACRUZ BERDEJO[1613], bien por unanimidad, así SECO CARO[1614]. GARRIDO DE PALMA[1615] defendía que la administración debía recaer en el viudo, opinión que respaldaba VALLET DE GOYTISOLO[1616] sólo en caso de que se le concediere el usufructo de la herencia o tuviese la patria potestad sobre los hijos, pero no en otro caso.

La solución vino en el art. 831.2 CC en redacción dada por la Ley 41/2013 que "Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior". Se trata de una norma meramente dispositiva en opinión de los autores[1617] que otorga al fiduciario la administración sobre la masa hereditaria pendiente de distribuir, aunque los legitimarios hayan aceptado su llamamiento a la legítima estricta, mientras no se concrete sobre bienes ciertos[1618].

No obstante, recuerda MILLÁN SALAS[1619] que el Código civil no hace referencia alguna al contenido de esta administración, razón por la que recurre a la analogía con las legislaciones forales en las que son hallables algunas funciones que corresponden al fiduciario como administrador. Más completa es la relación de

[1613] LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 458.
[1614] SECO CARO, enrique, "Partición y mejoras encomendados al cónyuge", Barcelona, 1960, pp. 201.
[1615] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código civil. Algunas aplicaciones", obra cit., pp. 2024.
[1616] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 428.
[1617] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 989; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp.107; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 680.
[1618] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 08-03-2012 sobre la comunidad hereditaria: "desde la muerte del causante y mientras dure la indivisión, con una comunidad de carácter peculiar que aunque no se ajuste plenamente al modelo de comunidad ordinaria regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, supone que la titularidad sobre los bienes es consorcial, de grupo, y ni hay cuotas individuales ni se puede disponer sobre esos bienes a título particular. Y conforme a la disposición normativa anteriormente citada, artículo 659 CC, está constituida por todos los bienes, con sus incrementos, accesiones, rentas y frutos, los derechos y las obligaciones, tanto producidos antes de la apertura de la herencia como después. Esa comunidad tal y como la hemos descrito acabaría con la partición, que consiste en transformar las cuotas hereditarias en bienes concretos".
[1619] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 429. Cita "pagar con cargo al caudal relicto alimentos debidos a los hijos y descendiente del causante, pagar cargas y deudas de la herencia, gastos de conservación de los bienes, tributos, primas de seguro; gestión de los negocios que formen parte del caudal, cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir (arts. 136 y 137 Ley de Sucesión por Causa de Muerte en Aragón); satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes y pagar deudas, cargas y legítimas (art. 148 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en Cataluña)".

CÁMARA LAPUENTE[1620]: a) Posesión de los bienes (art. 431 CC). b) Representación judicial o extrajudicial de la herencia (cfr. art. 6.1.4º y 7.5. LEC). No obstante, según SAPENA TOMÁS[1621] cabría no obstante que, pendiente la distribución de la herencia, los terceros que tuvieren algún derecho frente al causante podrán dirigirse contra los herederos para hacerlos efectivos, de igual modo que en la herencia yacente. c) Actos de conservación y explotación del patrimonio hereditario[1622]. c) Pago de cargas, deudas y gastos de conservación de la herencia. d) Pago de los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas. e) Hacer las operaciones necesarias para la liquidación de toda clase de impuestos, pagarlos e interponer los recursos que procedan. f) Disponer y pagar lo referente al entierro, funerales y sufragios piadosos.

*5.4. Actos de disposición.* Se entiende[1623] que es preciso el consentimiento de todos los miembros de la comunidad hereditaria (legitimarios, coherederos…). En tal sentido se pronuncia la RDGRN de 04-07-2019 "Esta disposición recuerda la necesidad de concurrencia de los legitimarios de derecho común en la disposición de bienes administrados por el delegado con la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil, en cuya versión de «fiducia sucesoria de derecho común», se aprecia el auténtico límite que supone la legítima «pars bonorum» a la delegación de la facultad de mejorar, a través de la necesidad de ese consentimiento de los legitimarios".

No obstante, para la doctrina de formación notarial[1624] cabría una "administración dinámica" "de la herencia siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en otros bienes más productivos) o satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos", lo que supondría una interpretación en la línea del art. 43.5 LDCV, art. 453.3 CDFA, leyes 281 y ss. de la CDCFNavarra y art. 426-36 CCCataluña. VALLET DE GOYTISOLO[1625] sólo admite enajenaciones dentro de las facultades distributivas del cónyuge supérstite "(para pagar deudas de la herencia, compensar diferencias, satisfacer mejoras en dinero)".

---

[1620] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 854 y ss..

[1621] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 60.

[1622] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1616.

[1623] LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 458, bien por unanimidad, así SECO CARO, enrique, "Partición y mejoras encomendados al cónyuge", obra cit., pp. 201. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1142; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1618. RUEDA ESTEBAN, *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp.1347. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 257, opina que no cabe recurso judicial alguno contra la negativa de algún interesado a la enajenación.

[1624] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 58; GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel , "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 366; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 518. BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 87; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1616; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 938. También MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 430.

[1625] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 428.

No obstante, SAPENA TOMÁS[1626] es cauto en cuanto a usar de esa administración dinámica, por lo que recomienda al efecto que el fiduciario sea investido albacea con facultades de disposición. Comparto esta opinión y también la de GARCÍA RUBIO[1627] quien entiende aplicable por analogía con el art. 803.2 LEC[1628] dichas posibilidades de administración dinámica. Ahora bien, el albacea con facultades de disposición precisa el concurso de los legitimarios para disponer de los bienes hereditarios[1629] (razón por la que legislaciones autonómicas tales como la aragonesa o la vasca, reduzcan la necesidad a la autorización de un solo heredero forzoso).

*5.5. Liquidación de la sociedad conyugal.* La liquidación de la sociedad conyugal es previa y necesaria para determinar completamente el caudal hereditario del causante, integrado por bienes privativos y consorciales hasta entonces, y se plantea la doctrina que el viudo no puede por sí solo hacer la liquidación debido a la existencia de claros intereses contrapuestos entre él y los herederos del premuerto.

Tradicionalmente se ha entendido que cabe el fiduciario viudo puede liquidarla concurriendo con un contador partidor (BOLÁS ALFONSO y RUEDA ESTEBAN[1630]) o con los herederos (SAP de Murcia, sec. 1ª, de 11-03-2019). La Ley 41/2003 introdujo en el art. 831.1 CC la posibilidad del delegado de adjudicar bienes concretos de la misma, disuelta pero no liquidada (art. 831.1 CC), posibilidad igualmente contemplada en las legislaciones aragonesa, gallega y vasca.

Un debate en pleno auge hoy en día trata del problema de si puede el fiduciario partir la sociedad conyugal unilateralmente. Se posiciona en contra una parte de la doctrina[1631], la cual entiende que el viudo no puede por sí solo hacer la liquidación debido a la existencia de claros intereses contrapuestos entre él y los herederos del premuerto, y, en consecuencia, deberán concurrir uno y otros, todos por tanto, a dicha liquidación de la sociedad conyugal, o proceder a la división judicial (art. 803 y ss.

[1626] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 55.
[1627] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 108.
[1628] "Artículo 803 Prohibición de enajenar los bienes inventariados. Excepciones a dicha prohibición. 1. El administrador no podrá enajenar ni gravar los bienes inventariados. 2. Exceptúanse de esta regla: 1º Los que puedan deteriorarse. 2º Los que sean de difícil y costosa conservación. 3º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas. 4º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia".
[1629] Así lo ordena la DGRN, p.ej. en la RDGRN de 25-04-1990. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 2050 resume las posiciones sobre el particular pero concluye que el causante pude otorgar al albacea la facultad de enajenar bienes en los términos y con la extensión que tuviere por conveniente, pero existiendo legitimarios es preceptiva la intervención de éstos en la enajenación, intervención qie no puede ser dispensada por el testador.
[1630] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp.84. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 500.
[1631] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1134; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 96; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 62; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1607. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1175; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 938; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1349.

LEC), así como el art. 831.4 CC sólo faculta al fiduciario a representar a los sucesores comunes frente a los sucesores no comunes. Según estos autores, la norma no facultaría más que atribuir bienes sin liquidar la sociedad pero no liquidarla (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CÁMARA LAPUENTE, RIVAS MARTÍNEZ[1632] y SAP de A Coruña, sec. 5ª, de 14-09-2016).

No obstante, hay un nutriduo grupo de autores que defienden la posibilidad de la partición unilateral efectuada por el viudo. Son MILLÁN SALAS, BOLÁS ALFONSO, GARRIDO DE PALMA, RUEDA ESTEBAN y RAMS ALBESA[1633]. También la SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015[1634] admite la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales fundándose el art. 831.1 CC autoriza la atribución de bienes de la herencia y gananciales sin liquidar la sociedad y porque la fiducia excede en funciones a la labor del contador partidor[1635]. En dicha sentencia, además, el testador había autorizado expresamente al efecto al fiduciario-viudo, precaución que, por lo tanto habría de adoptarse en todo otorgamiento de esta figura.

[1632] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1134. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 938. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, obra cit., pp. 1631.

[1633] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 420. BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 84. GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 363. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 526. RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 356: "La facultad de distribuir se extiende, conforme al texto del art. 831,1,1° Cc., a la totalidad de la herencia, con la única limitación del respeto a la legítima estricta y puede englobar la liquidación de la sociedad conyugal, aunque el inciso final de este párrafo primero tiene una redacción confusa, creo que calculadamente. Naturalmente, esta configuración máxima de la comisión de liquidar, partir y distribuir que se encarga al supérstite puede ser reducida, circunstanciada y modalizada por el causante en su testamento".

[1634] Que resolvió sobre una fiducia autorizada por aquél, cuestión que refiere BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 96.

[1635] 1) El apartado 1 del artículo 831, al enumerar las facultades que podrán conferirse al cónyuge viudo señala, entre otras "adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar", de lo que claramente se infiere la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento del causante. 2) Los contadores partidores de la herencia están facultados para liquidar la sociedad de gananciales disueltas por muerte del causante sin intervención de los herederos (STS, Sala 1ª, de 17-20-2002 y 18-07-2012). Partiendo de esta premisa, en el caso que nos ocupa en el cónyuge fiduciario, como se desprende del testamento otorgado por el causante, concurre no sólo la condición de albacea universal, sino además de la de contador partidor, que se establece en la siguiente disposición: "el testador, faculta expresamente a su esposa para que pueda hacer la partición hereditaria y adjudicaciones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, si existieren, y aunque estuviera sin liquidar (…) las amplias facultades que otorga el artículo 831 del Código Civil al cónyuge fiduciario, constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el propio causante, por lo que puede afirmarse que cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades, pero teniendo en cuenta que, como declara la STS de 7 de septiembre de 1998 "el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de gananciales no lo son (...)" , ello no impide que se permita al testador delegar el ejercicio de la partición de los bienes de su propiedad al cónyuge viudo, que de esta manera queda autorizado a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales".

## 6. Ejecución.

### *6.1. Requisitos de la ejecución.*

6.1.1. Requisitos subjetivos. El acto de ejecución no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad libremente emitida pero debe estar sujeta a cierto criterio de equidad según cierto sector de la doctrina[1636], 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[1637].

Tampoco puede ser forzado el fiduciario a cumplir su cometido, con la excepción, según LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1638] de la vía de la "interpellatio in iure" (art. 1005 CC) de modo que los acreedores podrán obligar al delegado a ejecutar su encargo. No estoy de acuerdo, pues los acreedores pueden demandar tanto a los sucesores que hayan aceptado su llamamiento a la legítima estricta, como a la herencia yacente, extremo en el que luego se contradice[1639], cuando dice, como SAPENA TOMÁS[1640], y estoy de acuerdo, que en los tercios de mejora y de libre disposición ni los legitimarios ni los demás descendientes pueden obligar al fiduciario a cumplir su encargo.

6.1.2. Requisitos objetivos. La atribución por el fiduciario de los bienes hereditarios a los sucesores podrá ser por actos *inter vivos* o *mortis causa*, en un acto total o varios parciales[1641]. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1642] avisa del

---

[1636] 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, en "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, obra cit., pp. 4293. 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, obra cit., pp. 247. Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., 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.

[1637] 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, María-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. 1º, obra cit., 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.

[1638] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128.

[1639] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1149.

[1640] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 59.

[1641] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 83; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 399; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1619.

[1642] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128.

inconveniente del nombramiento de herederos en actos sucesivos pues no parece justo cargar al heredero nombrado en primer lugar con el pago de las deudas. Y también, como ya hemos visto, RIVAS MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ HIERRO[1643] advertían que el ejercicio de la fiducia en varios actos puede dar lugar a que en algún momento se vulnere la legítima de algún sucesor forzoso quien no sabrá contra cual o cuales acto de atribución reaccionar y sin contra todos o algunos de los beneficiarios.

6.1.3. Requisitos formales. La fiducia podrá ser ejecutada en testamento del propio fiduciario. Cuando se ejercite por acto *inter vivos*, la doctrina opina unánimemente[1644] que puede hacerse de una sola vez o en varias sucesivas (art. 831.1 CC), lo que según GARCÍA RUBIO[1645] elimina la necesidad de reducir a una única partición el vehículo de ejecución del encargo, pero dichas asignaciones no se recibirán por disposición *inter vivos*; sino por título sucesorio[1646]. Otra cosa será el carácter irrevocable o no de ciertos actos entre vivos, frente a la revocabilidad del testamento, como veremos de seguido.

Recuerda SAPENA TOMÁS[1647] que una novedad de la Ley 41/2013 es que autoriza al fiduciario a utilizar su testamento como modo de ejecución de la fiducia sólo cuando así se haya previsto expresamente al ordenar la misma, en cuyo caso ésta será de duración vitalicia. O, dicho al revés[1648], el cónyuge podrá ejecutar la fiducia en su propio testamento, si el delegante estableció como plazo el de su vida. A falta de tal concesión, el fiduciario quedará limitado en el ejercicio de sus facultades mediante actos entre vivos y durante un plazo. Para GARCÍA RUBIO y CÁMARA LAPUENTE[1649] el testamento será válido en cualquiera de sus formas, de lo que discrepa RUEDA ESTEBAN[1650], para quien es exigible el notarial, aunque para las demás formas de ejecución le baste la forma escrita y resulte aconsejable la notarial.

---

[1643] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1587, 1626 y 1627. FERNÁNDEZ HIERRO, José-Manuel, en "La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003", obra cit., pp. 31 y 32.

[1644] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 457. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 388. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1127. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1174). ALBALADEJO GARCÍA, Manuel *La mejora*, obra cit., pp. 80; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940; RUEDA ESTEBAN, José-Luis *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1343.

[1645] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 81 y 83.

[1646] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 423.

[1647] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30.

[1648] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. pp, 86; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 65; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1621. O en testamento *ad hoc* según CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940.

[1649] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 79. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940

[1650] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 502 y 503. Se funda en el discutible argumento de que desde su génesis y hasta hace poco, el art. 831 CC contemplaba las capitulaciones matrimoniales como alternativa, y éstas

Según SAPENA TOMÁS[1651] caben las siguientes modalidades de títulos formales en la ejecución de la fiducia: a) testar en el propio testamento del fiduciario sin hacer asignación de cuotas ni de bienes; b) testar asignando cuotas pero no bienes y hacer un testamento-partición[1652]; c) otorgar donación, en cuyo caso GARCÍA RUBIO y ALBALADEJO GARCÍA[1653] afirman que cabe su revocación en cuanto a la facultad de mejorar (art. 827 CC); d) donación-partición ésta irrevocable, por cuanto que consta el consentimiento de los donatarios, frente a la mera partición por el fiduciario, que es revocable (GARRIDO DE PALMA y SAPENA TOMÁS[1654]). e) capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso la mejora sería irrevocable (art. 827 CC)[1655]. f) partición "mortis causa" que es la que otorga el fiduciario conforma al art. 1056 CC como colofón del testamento que otorga en ejecución de la fiducia. Esta partición *mortis causa* es irrevocable para GARCÍA RUBIO y CÁMARA LAPUENTE[1656] y revocable para RUEDA ESTEBAN, SAPENA TOMÁS y GARRIDO DE PALMA[1657]. Además, no precisa el consentimiento de los beneficiarios y así es inscribible para SAPENA TOMÁS[1658] porque es lo que sucede con la partición del contador partidor ordinario. Y

---

revestían esa forma documental pública. No estoy de acuerdo porque la forma documental pública es exigida para constituir la fiducia, no para su ejecución.

[1651] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30.

[1652] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 93; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 380. 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, obra cit., pp. 4289; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 87.

[1653] GARCÍA RUBIO, María Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 83. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 19.

[1654] GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 364. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 32.

[1655] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 80 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 19. Apunta GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 82. Sostiene esta autora la interesante tesis de que la conjunción del llamamiento por el fiduciario y la aceptación por el llamado es un pacto sucesorio que se proyecta sobre una herencia pasada, no futura, por lo que sería válido ex art. 1272.2 CC, de lo que concluye que sería irrevocable y permitiría introducir cláusulas de renuncia, etc. Me parece interesante la posibilidad de ejecución mediante pacto en Derecho Civil Común y cito en apoyo de su criterio específicamente el art. 816 CC (legítima futura como la posterior a la muerte del causante), y genéricamente los art. 440, 657, 818 y 989 CC).

[1656] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 32. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940 por el estimable argumento que es una ejecución de una sucesión ajena que se perfecciona así.

[1657] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1333. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 35. GARRIDO DE PALMA, Víctor, "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 364: "No hay que confundir esto con lo anterior: la partición por el testador se considera esencialmente revocable (como lo es el testamento que le sirve de base y constituye el cauce dispositivo), y ello aunque se haga por la vía del acto inter vivos e intervengan los destinatarios de la misma. Pero si el fiduciario con los herederos distribuye, reparte y transmite a los mismos los bienes del difunto (e incluso bienes propios del supérstite), la donación distributiva efectuada es firme e irrevocable. La confusión de ambos supuestos, a las alturas que estamos -con la reforma profunda que aporta la actual redacción del art. 831-, supondría para mí algo incomprensible"

[1658] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 33: "La partición otorgada por el contador partidor no precisa de la aceptación por los herederos o

no lo es para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1659], porque si no dan su conformidad a la adjudicación los herederos y los legitimarios, sean o no herederos, el Registrador no podrá saber si se han respetado las legítimas y demás disposiciones del causante. No estoy de acuerdo con esta última autora pues el art. 831.3 CC, como ha dejado clara la RDGRN de 18-12-2019, deja a salvo la acción de rescisión de los legitimarios que se sientan lesionados en sus derechos. g) transmisiones a título oneroso, que serán irrevocables ex art. 827 CC según ALBALADEJO GARCÍA[1660].

*6.2. Efectos de la ejecución.* Los beneficiarios suceden al causante, no al fiduciario aunque se use la forma de donación en la ejecución de la fiducia[1661]. En consecuencia, según VELÁZQUEZ VIOQUE[1662] cuando uno de los herederos o legatarios del causante beneficiado por la mejora muere antes de realizarse la distribución de la herencia, pero ya ejercitada la delegación, sus herederos, tienen derecho de transmisión respecto a la herencia no aceptada por el premuerto.

6.2.1. La ejecución por actos mortis causa, que sólo puede tener lugar en el propio testamento del fiduciario[1663] (art. 831.1 CC) y es siempre revocable (art. 737 CC)[1664]. Nos remitimos al epígrafe *6.1.3.* acerca de los supuestos de revocabilidad e irrevocabilidad de las adjudicaciones *inter vivos* ordenadas por el fiduciario.

6.2.2. Las adjudicaciones realizadas por el comisario en virtud de actos entre vivos (art. 831.1 CC) transmiten la propiedad y posesión, civilísima desde la muerte del causante ex art. 440 CC[1665], en el momento en que recaiga la aceptación del hijo o del

---

legatarios para la inscripción a su favor de los bienes adjudicados. Y como el fiduciario, tal como la ley dispone, puede ejercer sus facultades por medio de particiones, no precisa que los beneficiarios en este caso expresamente acepten la adjudicación a su favor. Por otra parte no tendría sentido permitir la inscripción de la partición de la herencia en el Registro de la Propiedad sin la aceptación del heredero cuando el contador partidor es un extraño, y en cambio exigirla cuando la partición la hace el fiduciario en el ejercicio de sus facultades particionales reconocidas en el artículo 831, primer párrafo".

[1659] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128.

[1660] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La mejora*, obra cit., pp. 87. Para el Derecho Civil de Mallorca y Menorca lo admiten, 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. 877; y VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit., pp. 424.

[1661] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1332; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 76; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1621; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 253; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 933.

[1662] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 67.

[1663] O en testamento *ad hoc* según CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940, con lo que no estoy de acuerdo pues el art. 831 CC lo restringe al "propio testamento" del fiduciario.

[1664] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 86; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 940. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 422.

[1665] Idea original de ROCA SASTRE, Ramón-María. "Heredero vitalicio sin disposición de la herencia", en *Estudios sobre sucesiones",* obra cit., pp. 175. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1139 y 1141 entiende que ello se debe a que a la muerte del causante se da una delación pluripersonal y simultánea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento indeterminado y genérico por el momento no permite la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición hasta la ejecución de la delegación. En sentido similar GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Visión notarial del artículo 831 del Código

descendiente beneficiado. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, GARCÍA RUBIO y MARTÍNEZ SANCHÍZ[1666] entienden que haría falta una norma como la del art. 448.2 CDFA para evitar dicha retroacción. A la retroacción sólo se opone CARBALLO FIDALGO[1667] para quien la ejecución testamentaria de la delegación conferida no implica el otorgamiento de testamento en representación del difunto, por lo que no procedería la consecuente retroacción de sus efectos al momento de la apertura de su sucesión, pero es una postura aislada sin soporte textual.

*6.3. Posibilidad de repesca.* En defecto de precepto similar a los art. 44 LDCV y el art. 458.2 CDFAragón, sólo CARBALLO FIDALGO[1668] ha manifestado la posibilidad de reiteración de los llamamientos cuando los realizados en primer término resulten por cualquier causa ineficaces. Estoy de acuerdo porque es más coherente con la voluntad del causante de que su sucesión se rija en primer lugar por lo que ordene el fiduciario y que no se abra el abintestato. Al contrario, VELÁZQUEZ VIOQUE[1669] entiende que si el testador nombró heredero la porción repudiada por el beneficiario de la delegación le corresponderá a aquél. Si no hay heredero y se repudió un legado -sea de parte alícuota, sea de cosa determinada- del que era beneficiario únicamente el repudiante, deberá ser atribuido en la proporción que establecen las normas de sucesión intestada.

**7. Extinción.**

*7.1. Causas de la extinción.* Sólo el ap. 5 del art. 831 CC recoge una causa de terminación de esta fiducia, que luego se verá, lo que da lugar a que la doctrina se plantee si sus causas de extinción son *numerus clausus*. PÉREZ VELÁZQUEZ[1670] opina que no, que debería incluirse todos los supuestos en que una persona sensata, de diligencia normal y de racionalidad media, perdiera la confianza en el fiduciario. Sin embargo esta voluntad presunta choca, en mi opinión con los requisitos que para la

civil, obra cit., pp. 388, pues los herederos, aunque indeterminados son propietarios desde la muerte del causante. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1346 y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 21. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 423. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 423. En diverso sentido, ROCA GUILLAMÓN, Juan. "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar: notas al artículo 831 del Código Civil, Ley 41/2003", obra cit., pp. 4297, apunta que la reserva de la posesión real o física está encaminada a proteger al incapacitado de su propia limitación.

[1666] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1141. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 76 y 83. MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 1002

[1667] CARBALLO FIDALGO, Marta. "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 16. Implícitamente, también según la SAP de Pontevedra, sec. 6ª, de 27-07-2017.

[1668] Ibídem.

[1669] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 67.

[1670] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1171.

exégesis del testamento exige el art. 675 CC, entre otros, que no puede interpretarse "rebus sic stantibus"[1671].

7.1.1. Por las causas establecidas por el causante (BOLÁS ALFONSO[1672]).

7.1.2. Por expirar el plazo establecido para su ejecución, que será (art. 831.1 CC) "Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes". Entiende la doctrina[1673] que el testador no tiene límite alguno para fijar el plazo máximo, ni tampoco mínimo[1674], más que el del pago de la legítima estricta, lo que han confirmado las SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015 y la STS, Sala 1ª, de 24-05-2019. Desea HERRADA ROMERO, en contra RUEDA ESTEBAN[1675], que haya de computarse el plazo desde que el fiduciario conoce su designación, aunque no lo diga así el art. 831.1 CC. Ciertos autores[1676] cuentan el plazo, en su caso, desde el fin de los litigios sobre la validez del testamento, como sucede con el albacea (cfr. art. 898 CC).

Cabe la posibilidad opuesta, que la ejecución sea adelantada a antes del comienzo del plazo[1677], incluso antes del plazo legal de la emancipación del último de

---

[1671] STS, Sala 1ª, 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. STS, Sala 1ª, de 20-07-2012: "En este ámbito, la interpretación viene presidida por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador, artículo 675 del Código Civil, del que se desprende que el resultado final de la interpretación debe de ser la fijación de la voluntad querida por el testador. Dicha fijación o averiguación, por lo demás, debe proyectarse en el plano de la declaración formal testamentaria que realiza el testador, y no el marco subjetivo de la interpretación de meras intenciones que pudiera encerrar su voluntad interna".

[1672] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 93.

[1673] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp.1147 y 1149; HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2489; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1621; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 88; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 939; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en, *Instituciones de Derecho Privado.* Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1353. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 427.

[1674] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp.255, apunta la posibilidad de imponer un plazo durante el cuál no se pueda ejecutar la fiducia que entiende con fundamento en el art. 1057 CC y por analogía con el 440 CC, que no podrá exceder de diez años. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *Instituciones de Derecho Privado*, obra cit., pp. 1352, al contrario entiende extender la indivisión conforme ordena el art. 1051.2º CC, plazo indefinido tácito, como el de por toda la vida del fiduciario que puede tener lugar si se le faculta para disponer por testamento, es usufructuario vitalicio.

[1675] HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2496. En contra, RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1355.

[1676] LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, pp. 458; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1147 y 1149; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1621.

[1677] HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2489; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 36; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley

los hijos comunes (incluso para dicho autor descendientes comunes no hijos, nacidos, concebidos, o por concebir con arreglo a la fecundación "post mortem" ex art. 9.2. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida dentro del año siguiente a la apertura de la sucesión). Pero no puede empezarse a contar desde que nazcan otros descendientes futuros porque ello supondría dilatar de por vida la facultad delegada y eso sólo puede ser conferido por el testador[1678]. El plazo no es acumulativo, de modo que emancipados los hijos antes de abrirse la sucesión, el plazo computa desde ésta.

La mayoría de la doctrina[1679] interpreta que los plazos son de caducidad; a lo que SAPENA TOMÁS[1680] excepciona la posibilidad de que todos los descendientes más próximos en grado preferente consientan la prolongación. Y alguna doctrina[1681] entiende implícitamente concedido por toda la vida del fiduciante si a éste se le confiere el usufructo universal vitalicio de la herencia, al modo aragonés y vasco.

7.1.3. Cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente (MILLÁN SALAS, BOLÁS ALFONSO y GARCÍA RUBIO[1682]). Derogado el concepto de incapacidad por dicha Ley 8/2021, subsiste la posibilidad de dicha impugnación por

---

41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 85; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp.1354.

[1678] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 425; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 88 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 19; HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2489; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 36; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 85; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 939; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1354.

[1679] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1354; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 88 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 19; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 86; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 86; HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2502. Sin embargo, desliza de seguido una tesis que no comparto: que otorgado el primer testamento por el fiduciario en una fiducia no vitalicia, sino sujeta a plazo (caso de puro laboratorio), podrá revocar el primero y ejercitarla indefinidamente por el carácter esencialmente revocable del testamento. Esto es un exceso derivado de rechazar el carácter representativo de la actuación del delegado.

[1680] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 38.

[1681] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 65; HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2494; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 84. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp.391. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1352, entiende posible extender la fiducia durante toda la vida del fiduciario si el testador prohíbe la división conforme autoriza el art. 1051.2º CC.

[1682] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411 y 431. BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 93. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 91

falta de capacidad, por supuesto. Pero ya no existe formalmente la "incapacitación" como causa de extinción, sino que se presume *iris et de irue* la capacidad del comisario conforme al art. 249 CC aunque la misma esté sujeta a medidas de apoyo. Como el art. 45.2 LDCV no habla de incapacitación, sino de "incapacidad" entiendo que podemos entender extinto el poder testatorio conforme al art. 1732 ap. 4º y 5º CC, conforme el cual el mandato se acaba, ora (ap. 4º), por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición, las cuales, como no pueden ser medidas de apoyo para testar, por ser imposibles jurídicamente hablando serían medidas de apoyo para disponer y contratar. En tal caso puede defenderse que la capacidad reducida exigida para testar permitiría mantener la subsistencia del cargo del comisario si pasara el juicio de capacidad del notario competente. Aun así, entiendo que podría pedirse la extinción de la delegación antes de requerirse la intervención del notario por "imposibilidad" de otorgar testamento a ser declarada judicialmente.

7.1.4. Por renuncia del fiduciario[1683]. RUEDA ESTEBAN y HERRADA ROMERO[1684] entienden que el cómputo del plazo del art. 831.1 CC prescinde del conocimiento del fiduciario, de lo que deduce que no es necesaria una aceptación, con lo que rechaza la posibilidad de que se interpele al delegado su aceptación o renuncia (cfr. art. 898 CC), al no entender aplicables analógicamente las disposiciones del albaceazgo. Al contrario, GARCÍA RUBIO[1685] defiende que es precisa la aceptación por parte del facultado, si bien no ha de revestir forma solemne alguna, incluso "bastará la tácita, derivada cumplir el encargo. Parece, no obstante, que una declaración solemne de rechazo de la comisión debería ocasionar la extinción de la delegación".

7.1.5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado (incluso en vida del testador) a ulterior matrimonio[1686] o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común[1687], salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa[1688] (art.

[1683] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 431. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1355; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 52; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 94, quien cita MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, "La fiducia sucesoria en Aragón", obra cit., pp. 93 y la SAT de Zaragoza de 19-04-1963 que "concedida la fiducia al cónyuge sobreviviente para que la utilice del modo que tenga por conveniente, tan amplísima formula permite que el fiduciario utilice total o parcialmente, o no utilice, dicha facultad, pudiendo por tanto, porque era titular de la misma, limitar el ámbito de su acción condicionando su ejercicio".

[1684] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1329. HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2486 y 2496

[1685] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 79.

[1686] Si el segundo matrimonio resultara nulo, la fiducia quedaría revocada según RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1325; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. *Tomo VI*, *Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 597; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 410 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 241 por la confianza perdida por el intento de ulteriores nupcias.

[1687] El nacimiento debe ser posterior al fallecimiento del causante o anterior al mismo ignorándolo éste para que actúe como causa de extinción de la fiducia, a decir de RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V.

831.5 CC). Si el hijo no común fallece, el nuevo matrimonio o la nueva relación de pareja se disuelven, no por ello revive la fiducia[1689]. Los efectos de la fiducia ejecutada antes de que sucedan estos hechos no se alteran[1690].

7.1.6. Por mala conducta del fiduciario. a) Por remoción de la patria potestad del fiduciario respecto de los hijos comunes, causa que presupone la pérdida de la confianza en el fiduciario (GARCÍA RUBIO y RUEDA ESTEBAN[1691]). b) justa desheredación del fiduciario por el comitente o declaración de su indignidad para suceder al causante. Esta causa la funda la doctrina ora, fundándose en la falta objetiva de las cualidades del cargo[1692], ora por analogía con las legislaciones forales[1693]. c) la negligencia grave o

---

Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1236 y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 934.

[1688] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 21; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1605 y 1606. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411. Al efecto la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 09-05-2003 parte del principio de facilidad probatoria (art. 217.6 de la LEC) en relación a que las relaciones maritales o asimiladas se producen intra muros, de modo que la parte que las alega cumple con aportar un principio de prueba indiciaria de que dicha relación existe, correspondiendo a la parte que niega la convivencia marital y a cuyo alcance se encuentran los elementos probatorios, el destruir la presunción de convivencia alcanzada mediante dicha prueba indiciaria. Cfr. la SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016.

[1689] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1167; RUEDA *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 369; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, obra cit., pp. 1124. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[1690] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 415.

[1691] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 91. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 364.

[1692] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 70: "Ninguna de esas dos cosas las dice específicamente el Código, pero es obvio que son precisas para poder mejorar a herederos del difunto, porque no se concibe que pueda hacerlo quien es indigno para heredar a éste o a quien éste desheredó justamente"; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 241; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, *Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 597; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124, VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 60; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 377; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 47. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 78, apunta que aunque no sea llamado a la sucesión el progenitor no cónyuge fiduciario pierde este cargo si incurre en causa de indignidad o desheredación para con el causante, pues es absurdo que lo pierda en viudo y no el otro posible fiduciario, el mero progenitor. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[1693] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Comentario al art. 831 CC", en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*. Vol. II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84470-3739-1., pp. 933; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", en *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, Nº 86-87, 2013, pp. 94; 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. 1643. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia entre cónyuges*, obra cit., pp. 360 y 362. En el mismo sentido se manifiesta SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 47 porque entiende que las causas de desheredación suponen en su mayoría (números 3º al 6º del

malicia en el cumplimiento por el fiduciario de las obligaciones inherentes a la administración de los bienes pendientes de asignación no parece que produzcan la extinción[1694].

7.1.7. Nulidad, divorcio o separación del matrimonio. Extinción de las parejas de hecho. Recuerda SAPENA TOMÁS[1695] que mientras la disolución (o la separación legal) producen efectos no retroactivos, la nulidad se declara retrotrayendo su efectividad al momento del enlace, cuyos efectos desaparecen. El matrimonio nulo no produce efectos ni antes ni después de su declaración de nulidad, salvo los derechos nacidos a favor de terceros, pues nunca ha habido matrimonio. MILLÁN SALAS adelanta el momento de extinción de la fiducia a la presentación de la demanda de nulidad separación o divorcio[1696].

a) Acerca de si la declaración de nulidad y divorcio del matrimonio extinguen la fiducia se pronuncian a favor la gran mayoría de la doctrina[1697] con fundamento en la literalidad de que se menciones nueve veces en el art. 831 CC al delegado como "cónyuge", así como por la pérdida de confianza, fundamento de la institución y la privación de legítima al viudo. En contra se posicionan quienes entienden[1698] que el

---

artículo 756) una quiebra grave de las relaciones entre el indigno y el causante que justifican la ineficacia del llamamiento hecho sin conocimiento de ellas (artículo 757), y las restantes (artículo 756, 1º y 2º) un grave atentado contra la propia familia. Por lo que si tanto unas como otras invalidan aquella disposición de puro contenido material, con mayor motivo deben causar la quiebra de una atribución de confianza superior a la normal entre cónyuges".

[1694] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 52. Se excluye el abuso de la cosa usufructuada, así, la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 04-10-2004 tampoco procede declarar la extinción pretendida en base al incumplimiento por la demandada, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad por no incluir en la escritura de manifestación de la herencia, entre los bienes inventariados, el dinero, ya que ello fue conocido y consentido por la actora. La SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001 afirma la no aplicación analógica causas de extinción del albaceazgo o mandato Sobre que no cabe de la remoción del cargo por incumplimiento de sus deberes, por analogía con el albaceazgo. Igualmente MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 136, fundándose en evitar la sucesión intestada del causante y que debe prevalecer la confianza que éste ha depositado en el fiduciario. Y en Derecho Foral vizcaíno, la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004.

[1695] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 16.

[1696] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 431.

[1697] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 238; LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V Sucesiones*, obra cit., pp. 456. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 374; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 286 y 295; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82. Entiende que, agotada la labor interpretativa de la voluntad del testador, y salvo la existencia de un hijo discapacitado, se extingue la fiducia por haberse perdido la confianza, base de la fiducia; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124 y 1322;. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1609. Este autor adelanta los efectos a la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio ex art. 102 y 106 CC. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 7. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[1698] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 66. RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 355; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad

conflicto de intereses que la norma trata de evitar no es otro que el derivado de la mera posibilidad o realidad de supervivencia de hijos propios del fiduciario y que el fundamento de la institución tras la reforma de 2003 no es tanto la confianza entre cónyuges sino la confianza entre progenitores. GARCÍA RUBIO[1699] también rechaza la opinión de algunos autores que fundan la pérdida de la condición de fidudiario del divorciado, separadazo o con matrimonio declarado nulo respecto del causante, en la aplicación analógica el art. 767, pfo. 1 CC[1700], conforme al que la subsistencia de la institución de heredero a favor del "esposo" no se basa en la literalidad sino en la pervivencia de dicho motivo de la institución. Opinión que comparte PÉREZ VELÁZQUEZ[1701] quien añade el argumento que el testador siempre podría haber revocado la fiducia, luego su voluntad fue mantenerla (art. 675 CC) y que el art. 831.6 CC la permite a quien tenga descendencia común. Por fin, mientras LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, SAPENA TOMÁS, MILLÁN SALAS y ALBALADEJO GARCÍA[1702] no entienden extensible los efectos del matrimonio putativo de buena fe para salvar la fiducia, la mayoría de la doctrina cree que sí en los supuestos de ejecución de buena fe previa a la sentencia de nulidad[1703].

b) Sobre la legalidad de la cláusula sucesoria de que valiese la fiducia aún en dichos supuestos de nulidad, separación o divorcio entre fiduciario y causante, algunos autores como LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA[1704] lo negaron por el carácter excepcional del art. 831 CC. Otros como MARTÍNEZ SANCHÍZ y SAPENA

---

de mejorar", obra cit., pp. 87, sostiene que el requisito del matrimonio debe darse al momento del otorgamiento de la delegación pero el art. 831 CC no exige se mantenga a la muerte del causante.

[1699] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp.87. Estos autores son, p.ej. CARDONA GUASCH y LLODRÁ GRIMALT, obra cit., pp. 848. Sobre el art. 71 CDCBaleares, se plantea a la luz de la STS, Sala 1ª, de 28-09-2018 y el art. 767.1 CC por la que la subsistencia de la institución de heredero a favor del "esposo" no se basa en la literalidad sino en la pervivencia de dicho motivo de la institución, piensa que en el futuro podría admitirse tal causa. Pero opone que "Esta doctrina podría ser aplicable a los casos en que, por el poco tiempo transcurrido antes de la muerte del testador, es razonable deducir que no ha tenido tiempo de modificar el testamento. Pero en otro caso implica presuponer una voluntad del testador que éste nunca manifestó en forma testamentaria, pudiendo hacerlo". También MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979.

[1700] Art. 767, pfo. 1º CC "La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa...".

[1701] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1163.

[1702] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124 y 1322. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 16. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68.

[1703] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1322; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, *Sucesiones,* Vol. 2, obra cit., pp. 596; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 238 y 239, LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 456; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 374; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82. Entiende que, agotada la labor interpretativa de la voluntad del testador, y salvo la existencia de un hijo discapacitado, se extingue la fiducia por haberse perdido la confianza, base de la fiducia.

[1704] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V Sucesiones*, obra cit., pp. 456. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 7 y 8 y *La mejora*, obra cit., pp. 70.

TOMÁS[1705] lo niegan porque consideran la existencia y subsistencia del matrimonio una "conditio iuris" de la figura. Tampoco admite la validez de dicha estipulación RUEDA ESTEBAN quien defiende que los supuestos en que se permite al testador redimir las causas de extinción de la fiducia están tasadas[1706]. Pero el resto de la doctrina está a favor de su admisión[1707]. Es más, RIVAS MARTÍNEZ, PÉREZ VELÁZQUEZ y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1708] entienden posible otorgar una delegación sucesoria posterior a estas crisis matrimoniales pues el ap. 6 extiende el art. 831 CC a los supuestos en que causante y fiduciario tengan descendencia común.

c) A propósito de la separación judicial como causa de extinción (y también la notarial y ante el Letrado de la Administración de Justicia ex art. 84 CC según redacción dada por la Ley 15/2015 de 15 de julio) la práctica unanimidad de la doctrina que está a favor del divorcio como causa de extinción de esta fiducia sucesoria[1709] lo está a favor de la extinción de la fiducia sucesoria por la separación legal de fiduciario y causante a tenor de los art. 102 y 106 CC y (lo que supone implícitamente otorgar a la facultad del art. 831 CC carácter de poder, dicho sea de paso). En contra se pronuncia SAPENA TOMÁS[1710] fundándose en que se cumple la "conditio iuris" de que los casados continúan siendo cónyuges y, no siendo expresamente revocada la fiducia conyugal, no cabe aplicar el artículo 102.2º CC pues se trata de una facultad que no puede entenderse comprendida dentro de los consentimientos y poderes a que se refiere este precepto. La reconciliación posterior para, SAPENA TOMÁS, LACRUZ BERDEJO, MARTÍNEZ SANCHÍZ y GARRIDO MELERO[1711] no revive la fiducia sucesoria sin perjuicio de que se otorgue en nuevo testamento. En contra RUEDA ESTEBAN, ROCA-SASTRE

[1705] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 15.

[1706] GARCÍA RUBIO, María Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 1327. También ALBALADEJO en "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 8.

[1707] Destacadamente en el supuesto de separación judicial. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 240.

[1708] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*, pp. 1609. PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp.1160. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124.

[1709] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones*. Sistema de Derecho Civil. IV Familia y Sucesiones. Tecnos, Madrid, 1990. ISBN 84-309-1740-3, obra cit., pp. 463, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 239; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", 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. Estudios sistemático y jurisprudencial.* Tomo II, pp. 1609. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68 y 69 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 7, incluso adelanta los efectos a la pendencia del proceso de nulidad, separación conforme a la revocación de poderes del art. 102 CC. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[1710] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 18.

[1711] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 18. LACRUZ BERDEJO, José-Luis en *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 456. MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979. GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1245.

MUNCUNILL, MILLÁN SALAS y VALLET DE GOYTISOLO[1712] fundados en que el matrimonio, base de la fiducia, permanece.

d) En cuanto que la separación de hecho extinga la delegación. RUEDA ESTEBAN y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1713] así lo entienden por analogía con la separación judicial, con fundamenteo en la quiebra de la confianza. Son de la misma opinión MARTÍNEZ SANCHÍZ y RIVAS MARTÍNEZ[1714] quienes defienden que, a falta de la voluntad explícita del causante que otra cosa diga, la institución de la fiducia quedaría sobrevenidamente sin causa o motivo (art. 767 CC), así como que es incongruente que pueda ser fiduciario del causante quien no puede ser su legitimario (art. 834 CC). ALBALADEJO GARCÍA, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y CÁMARA LAPUENTE[1715], lo consideran deseable de "laege ferenda" pero no admiten esta causa de extinción. Tampoco la incluye PÉREZ VELÁZQUEZ[1716] por las mismas razones por las que niega que la separación judicial extinga la delegación.

e) La terminación de la pareja de hecho como extintiva de la fiducia. BOLÁS ALFONSO[1717] entiende que, agotada la labor interpretativa de la voluntad del testador, y salvo la existencia de un hijo discapacitado, se extingue la fiducia por haberse perdido la confianza, base de la fiducia. MARTÍNEZ SANCHÍZ[1718] distingue, fuera de lo especialmente ordenado por el causante, dos supuestos: si se ha otorgado existiendo convivencia, acabada ésta, termina la fiducia. Por el contrario, cuando se ha conferido a un co-progenitor no conviviente, persiste la fiducia. PÉREZ VELÁZQUEZ[1719] entiende que la fiducia debe pervivir tanto porque el planteamiento del anterior autor es discriminatorio como que, además, el fundamento de la institución es la progenitura y no la relación marital.

7.1.8. Por revocación. Además de la expresa que puede hacerse en todo momento (art. 737 CC, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1720]), VELÁZQUEZ

---

[1712] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 292, siempre que haya restauración de la convivencia "more uxorio". ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 239. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 374. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[1713] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1323. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 91

[1714] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979-980. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1609

[1715] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 240. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*. Vol. II, obra cit., pp. 935.

[1716]PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1164. También en contra de la separación de hecho como causa de extinción de la fiducia, MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[1717] BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82.

[1718] MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 981.

[1719]PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1164.

[1720] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128.

VIOQUE[1721] apunta una modalidad tácita, que el causante ya haya dispuesto, *inter vivos* o mortis causa de los tercios de mejora y libre disposición. Para SAPENA TOMÁS[1722] la atribución de la fiducia puede revocarse de modo expreso por medio de un nuevo testamento pero no tácitamente, ni siquiera la supone la disposición por el fiduciante en vida de todos sus bienes, ya que siempre existe la posibilidad de que adquiera otros que pudieran ser su objeto, a menos que el difunto la concretara a bienes determinados comprendidos en su disposición posterior y por lo tanto quedare sin contenido, como, en su opinión, tampoco la disposición de parte de la herencia o de bienes concretos debe entenderse que se trata de una revocación parcial, sino simplemente como disminución del contenido objetivo.

7.1.9. Cuando el cumplimiento de la fiducia deviene imposible, lo que tendrá lugar por ejemplo por falta de bienes hereditarios o bienes que queden a la disposición del delegado (MILLÁN SALAS [1723]). En contra, la opinión que acabamos de ver de SAPENA TOMÁS.

7.1.10. Por consumación o cumplimiento total del encargo (MILLÁN SALAS, VELÁZQUEZ VIOQUE y SAPENA TOMÁS[1724]).

7.1.11. Por contraposición de intereses entre el fiduciario y los descendientes beneficiarios. RUEDA ESTEBAN[1725] resume el estado de la cuestión sobre la existencia de incompatibilidad de intereses del cónyuge viudo en el caso de que herede la porción de uno de sus hijos. Frente a autores como SECO CARO[1726] que le niegan al fiduciario en tales casos la posibilidad de mejorar, VALLET DE GOYTISOLO[1727] no ve obstáculo para que mejore, en sentido amplio, a cualquiera de los descendientes supérstites.

7.1.12. Cuando al tiempo de ejecutarse la fiducia sólo queda un hijo o descendiente común o no queda ninguno[1728]. Pero según HERRADA ROMERO,

---

[1721] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 60.
[1722] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 26.
[1723] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 432.
[1724] MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 431. VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 65. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 61
[1725] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 362.
[1726] SECO CARO, enrique. "Partición y mejoras encomendadas al cónyuge", obra cit., pp. 190.
[1727] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 376.
[1728] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo VI, Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 597; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 94; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 58; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 19; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1606. En sentido contrario ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 5 quien entiende que también cabe mejora a favor del único descendiente mejorable. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 416.

SAPENA TOMÁS y GARCÍA RUBIO[1729], ha de excepcionarse de la extinción la aparición de "nasciturus". Por la misma razón, en mi opinión, también debería tenerse en cuenta al "concepturus" por la fecundación "post mortem" ex art. 9.2. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. VALLET DE GOYTISOLO y MILLÁN SALAS[1730] consideran que realmente cabe ejercitarla aun sólo quedando un descendiente si puede usarse a favor de los nietos u otros descendientes de ulterior grado que, aun no viviendo al tiempo de la apertura de la sucesión, sea posible establecer a favor de éstos sustituciones fideicomisarias, conforme al art. 781, inciso 2 CC.

*7.2. Efectos de la extinción.* Pone de manifiesto la doctrina[1731] que el comisionado no está obligado a ejecutar el encargo ni a hacerlo sobre la totalidad de la herencia sobre la que pueda actuar. Si el fiduciario no ejercitare su derecho total o parcialmente, a la totalidad de la herencia, o a la parte de la misma que quedare no ordenada por el mismo serán llamados los herederos conforme al orden de sucesión fijado por el testamento del fiduciante o por la ley en su defecto. En ambos casos se aplicarían las normas colación e imputación de los bienes donados o legados por uno u otro de los cónyuges.

A salvo la discusión sobre el efecto de la nulidad del matrimonio, la extinción de la fiducia no produce efectos retroactivos, es decir, son válidas las adjudicaciones, atribuciones o mejoras ya realizadas[1732].

---

[1729] HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2499. SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 65. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 74.

[1730] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 376. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 416

[1731] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 93; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 53; 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, obra cit., pp.4289; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1609, quien cita a MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 93 y la SAT de Zaragoza de 19-04-1963 que "concedida la fiducia al cónyuge sobreviviente para que la utilice del modo que tenga por conveniente, tan amplísima formula permite que el fiduciario utilice total o parcialmente, o no utilice, dicha facultad, pudiendo por tanto, porque era titular de la misma, limitar el ámbito de su acción condicionando su ejercicio".

[1732] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, *Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 597, VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 376; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tomo II, pp. 1609; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 56; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan-Pablo, "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", obra cit., pp. 1166; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 91; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 20; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 94.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, obra cit., pp. 240; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 70 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 9. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado.* Vol. II, obra cit., pp. 934.

# CAPÍTULO CUARTO. REGULACIÓN POSITIVA DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO EN LA LDCV.

## I. CARACTERES DE LA INSTITUCIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO.

### 1. Subsidiariedad respecto de la voluntad del causante y libertad de criterio en lo demás del comisario.

Estos principios se hallan respectivamente recogidos en los art. 33.1 y 43.1 LDCV. El de subsidiariedad en el art. 33.1 LDCV: "El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio". El de libertad del comisario en el art. 43.1 LDCV "El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por acto inter vivos o mortis causa en testamento ante notario o por pacto sucesorio, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador". Aparentemente, son caracteres contradictorios pero realmente son complentarios, pues el comisario manifiesta la voluntad sucesoria del causante, primero en cumplimiento de lo directamente señalado por el mismo y en todo lo demás la suple o rellena con sujeción a su propio criterio precisamente porque en el comisario confía el *de cuius*.

El canon de subsidiariedad es aplicado generalmente en el Derecho interregional español comparado: En Aragón (art. 441 CDFAragón) la voluntad del causante prevalece siempre[1733] de modo que el fiduciario, salvo expresa autorización del comitente, "no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento". En Mallorca y Menorca lo impone el art. 18 CDCBaleares[1734]. Lo mismo sucede en Cataluña[1735](art. 424-1.1 y 2 CCCataluña), Galicia[1736] y Navarra[1737] y, obviamente, en Derecho Civil Común (art. 675 y 831 CC).

Y consecuencia del principio de libertad civil (art. 4 y 46 LDCV), el comisario tiene todas las facultades de ordenación de la sucesión del causante (art. 30 y 33.1 LDCV), pues esa voluntad delegatoria total fue la postrera voluntad del mismo. En tal sentido GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y CELAYA IBARRA[1738] sobre el similar art. 35 Ley 3/1992.

---

[1733] STSJ de Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005.

[1734] RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 1379.

[1735]PUIG FERRIOL "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 271; GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen . "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 565; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 134 y STSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 27-05-2002.

[1736] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 71, lo denomina "accesoriedad", lo que determina, pp. 110, que la nulidad del negocio de nombramiento del comisario arrastre el del negocio de ejecución por este último.

[1737] CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 846; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. I, ed. 2011, obra cit., pp. 874. MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 48.

[1738] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 142. CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 206.

*1.1. La accesoriedad.* Como indica y denomina PÉREZ ÁLVAREZ[1739], esta característica determina que la nulidad del negocio de nombramiento del comisario arrastre el del negocio de ejecución por este último.

*1.2. La sujeción a la voluntad del causante como norma de conducta del comisario.* El art. 33.1 LDCV es taxativo en el sentido que el comisario ha de estar a "lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio", remitiéndose tan sólo en defecto de disposición testamentaria a las facultades que al causante corresponden conforme a los preceptos de la citada Ley. Este es el sentido que daban también GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y CELAYA IBARRA[1740] al antiguo art. 17 Compilación, del que es reproducción el art. 37 Ley 3/1992, que las facultades del comisario vienen, en principio, fijadas por el propio poder testatorio, de modo que el comisario no puede traspasar los límites señalados por el causante (art. 1714 CC), que puede delegar todas sus facultades o sólo algunas y lo hecho por el comisario excediendo los límites fijados es nulo (art. 6.3 CC). Deduce LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[1741] tres consecuencias de la sujeción del fiduciario aragonés a la voluntad del causante plenamente trasplantables al comisario de la LDCV.

1.2.1. La interpretación de las facultades de la fiducia será restrictiva consecuencia de su consideración como un poder ("lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio", art. 31.1 LDCV), por lo que las mismas han de constar por escrito[1742].

1.2.2. El fiduciario tendrá libre albedrío dentro de los límites marcados, pues una cosa es modificar disposiciones del causante (prohibido ex art. 33.1 LDCV, cfr. art. 441 CDFAragón) y otra tomar decisiones sobre cuestiones no previstas por el comitente y sobre las que no ha tomado ninguna decisión. Esto es lo que el autor que suscribe denominó[1743] "poderes implícitos", es decir, que el comisario que viene investido de todas las facultades que aunque no se expresen sean necesarias para cumplir la voluntad del testador, entre ellas, que el primero podrá interpretar la voluntad del segundo conforme a su leal saber y entender.

1.2.3. Imposibilidad de modificar el propio poder testatorio, "bajo ningún concepto". Esta expresión distinta a la del art. 37 Ley 3/1992 que ordenaba que "El comisario no podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte, a menos que éste le hubiere autorizado expresamente para ello".

---

[1739] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 71 y 110.

[1740] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 155. CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 177.

[1741] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 379.

[1742] RDGRN de 08-10-2013: "…la Ley Foral 3/1992 impone como primer canon a que ha de sujetarse el desempeño del cargo de comisario «lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio», remitiéndose tan sólo en defecto de disposición testamentaria a las facultades que al causante corresponden conforme a los preceptos de la citada Ley (…) Y en este sentido ha de recordarse que las facultades de interpretación del testamento por parte de contador o comisario, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, lo son siempre que no se extralimiten del tenor del propio testamento (cfr. Resoluciones de 21 de marzo de 2005 y 29 de enero de 2013)".

[1743] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 179.

No obstante, ASÚA GONZÁLEZ[1744] interpreta dicha expresión del art. 33.1 LDCV de la misma manera que el art. 17 Compilación y el art. 37 Ley 3/1992 eran interpretados por CELAYA IBARRA[1745], es decir ,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 al efecto del testador. El fundamento de dicha prohibición según GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1746] es tanto preservar el contenido de la voluntad del testador, como la aplicación del principio general de irrevocabilidad de las disposiciones del causante una vez fallecido éste.

Por mi parte, de la literalidad del art. 33.1 LDCV deduzco[1747] que: a) el comisario sí puede revocar el testamento del comitente o el testamento preventivo, salvo que éste se lo prohíba, con matices. b) En consecuencia las disposiciones testamentarias otorgadas a la vez que el poder testatorio quedarían bajo el canon de irrevocabilidad del art. 33.1 LDCV, no así las anteriores, en el raro supuesto que las mismas no hubieran de considerarse revocadas por el otorgamiento del poder sucesorio (art. 739 CC). c) También sería irrevocable el nombramiento de albaceas y contadores partidores que hubiere efectuado el causante (art. 36.2 LDCV).

*1.3. El respeto a las disposiciones en principio irrevocables otorgadas por el causante*. Este principio lo deducimos de los art. 48.2, 58 y 59 LDCV. Dicha irrevocabilidad puede venir dada, por dos causas. Ora porque el causante haya otorgado atribuciones por títulos irrevocables, tales como el testamento mancomunado, el pacto sucesorio, o la donación. Ora porque el causante hubiera otorgado las mismas con apartamiento, en cuyo caso estas sucesiones son perfectas y consumadas, quedando puertas afuera de la masa hereditaria existente al fallecimiento del causante, pues no proceden su computación, imputación y colación entre co-legitimarios.

*1.4. El respeto a las mismas normas imperativas que vinculan al causante*. Por las mismas nos referimos a las legítimas, troncalidad, reservas y reversiones, cuya sujeción imponen al comisario el art. 33, ap. 1 y 3 y art. 43.1 LDCV. Sin embargo debe prevalecer una interpretación restrictiva de las normas imperativas en la sucesión por comisario y el carácter cuasi libérrimo del comisario en lo no ordenado por el causante (art. 4 y 46 LDCV y OÑATE CUADROS[1748]).

Otra norma imperativa es el art. 32.3 LDCV ("Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes") que analizaremos en el apartado correspondiente al carácter temporal del cargo de comisario. Luego trataremos de ello al hablar del carácter temporal de la encomienda.

---

[1744] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 373.
[1745] CELAYA IBARRA, Adrián. *El Testamento por* comisario, obra cit., pp. 780.
[1746] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 165.
[1747] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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.
[1748] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier en "Abran paso a la libertad civil (II)", en *Egiunea, Revista Notarial del País Vasco*, agosto-octubre 2020, pp. 17.

*1.5. Libertad en lo demás para que el comisario cumpla su función.*

Esta libertad del comisario ha sido criticada por ASÚA GONZÁLEZ[1749], quien, repudiando la concepción de la sucesión por comisario como fenómeno representativo del causante, deduce como consecuencia 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 como mínimo "amén del nombramiento del comisario por sí mismo (…) la designación del grupo de posibles sucesores".

Tal posición recibió crítica rotunda de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1750] como opinión carente de apoyo legal y contraria a la evolución histórica de la figura del comisario en el derecho vizcaíno. Pero lo cierto es que la prevención de ASÚA GONZÁLEZ ha tenido cierto alcance. La reforma por Ley 3/1999 del Fuero de Gipuzkoa, que dio 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[1751].

Y ha tenido su influencia en la redacción del art. 33.2 LDCV ("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[1752] cuya memoria nada explica de la razón del cambio. Hay que remitirse hasta CELAYA IBARRA[1753] para justificar esta redacción ajena a la Compilación y la Ley 3/1992 y, dudosamente el Fuero de 1526. Narra este autor que nunca ha sido uso admitido en Bizkaia que habiendo hijos y descendientes se pueda disponer en favor de extraños si no hay expresa autorización del testador. Misma opinión que la de URRUTIA BADIOLA[1754] quien explica que se

[1749] 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 José-Luis* LACRUZ BERDEJO, obra cit., pp. 891. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp. 90 y 135. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 906. Y *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 365.

[1750] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 142.

[1751] Literalmente se acoge la tesis de ASÚA GONZÁLEZ en la pág. 66 del "Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su "conservación, modificación y desarrollo" elaborado por el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, que daría lugar a la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa: "Obsérvese que, a falta de especificación por el causante (artículo 164.2.1º) y a falta de herederos forzosos (artículo 164.2.2"), 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".

[1752] Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, *Primer Anteproyecto de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 27 y 29.

[1753] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 178.

[1754] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 374 y 375.

intenta evitar una utilización del poder testatorio que evite la atribución de los bienes sujetos al mismo fuera del círculo familiar, esto es, el cónyuge/pareja de hecho e hijos, lo que proviene de la constante práctica notarial del poder testatorio; de designar el círculo de personas entre las cuales el comisario puede ejercitar sin que este círculo quede abierto de forma innominada.

Cambio que no es tan radical como en el art. 167 de la Ley 3/1992 pues no es presupuesto de la existencia o validez del cargo de comisario el nombramiento de la gama de sucesores potenciales o potenciales en el momento de su institución, sino que es mero requisito de la validez de la posterior ejecución por dicho comisario.

**2. Cargo revocable.**

En principio, el de comisario es un cargo revocable hasta el fallecimiento del testador (art. 45.8 LDCV) e irrevocable desde ese momento, pues nadie puede exigirle su dimisión o remoción una vez abierta la sucesión. No obstante, la posibilidad de revocación por el causante del poder por él otorgado depende del instrumento en que éste se plasme[1755]:

*2.1. El poder otorgado en testamento unilateral es absolutamente revocable* (art. 45.8 LDCV y art. 739 CC).

*2.2. El poder otorgado en testamento mancomunado es revocable antes del fallecimiento de uno de los otorgantes.* Después del óbito, el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiere otorgado sobre su propia herencia si trajeren causa de las disposiciones del premuerto (art. 25.3 y 28.1 LDCV), es decir fueron correspectivas, o sea, se otorgaron en contemplación a las que a su vez otorgó el otro testador[1756].

*2.3. ¿Es el poder otorgado en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales irrevocable?* Esta cuestión ha generado mucho debate en el Derecho civil comparado español. Bajo el Derecho civil de Ibiza y Formentera, según CERDÁ GIMENO[1757] la designación en testamento es revocable, pero si se hace en otra escritura que no sea un

[1755] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 80.

[1756] BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite. *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho Civil del País Vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN 9788490334829, pp. 282. MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, Mario-Julián, "Sección tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24 a 29)", en Andrés-María 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 formulario notarial* AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 66. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, "Capítulo XVI. Sucesión testamentaria en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco.* obra cit., pp. 338. TENA PIAZUELO, Isaac. "Sección Tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24-29)" , en Andres-María 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. 322. En el similar Derecho Civil de Aragón, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 388. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 896

[1757] CERDÁ GIMENO, José. *Costumbres jurídicas en Las Pithiusas*, obra cit., pp. 319-320.

testamento, es irrevocable. JIMÉNEZ GALLEGO y CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[1758] dada la tradicional reciprocidad de la concesión de la fiducia en "espòlits" o heredamientos están de acuerdo. Para GETE-ALONSO Y CALERA[1759] la fiducia de normativa catalana es esencialmente revocable, frente a PUIG FERRIOL[1760], quien entiende que la delegación de testar otorgada en heredamientos (art. 431-12 CCCataluña) o en capitulaciones matrimoniales (art. 18 CCCataluña) se sujeta al régimen de revocación o modificación de estos instrumentos. En Galicia el nombramiento de comisario es siempre revocable aunque conste en pacto sucesorio pues así lo dispone expresamente el art. 202.2 LDCGalicia[1761]. En Derecho común la fiducia sucesoria del art. 831 CC se considera esencialmente revocable, pues desde la Ley 41/2003 sólo cabe que se otorgue en testamento (art. 737 y 831.1 CC[1762]). No obstante, hasta dicha modificación, la delegación podía ser ordenada en testamento (esencialmente revocable, art. 737 CC) o en capitulaciones matrimoniales. Como quiera que pueden quedar vigentes algunas fiducias otorgadas en dicha reforma legislativa, la

[1758] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*, obra cit., pp. 371. 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*, Tomo I, obra cit., pp. 847

[1759] GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen , "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 763.

[1760] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 272.

[1761] Entiende irrevocable el nombramiento de fiduciario otorgado en capitulaciones matrimoniales por su carácter contractual CARBALLO FIDALGO, Marta, en "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", obra cit., pp. 15. 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. 147, entienden que cabe la revocación tanto por testamento, cuanto en capitulaciones, que para estos efectos entienden cabe la revocación unilateral. Sobre la revocación por testamento entienden que debe flexibilizarse el entendimiento de la automática revocación de la delegación por otro testamento posterior si éste no contiene revocación expresa. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 394, después de recordar la revocabilidad absoluta del nombramiento en testamento, manifiesta que no se puede revocar propiamente el nombramiento en capitulaciones, pero se puede dejar sin efecto mediante el otorgamiento de un testamento posterior que lo deje sin efecto. Parece que esta fue la postura asumida por el art. 202.2 LDCGalicia, pues así lo avanzó la propia CARBALLO FIDALGO, Marta, "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego", pp. 15: "en la Ponencia de la Sección Sexta (…) nos parece inexplicable que, posteriormente, proponga como causa de extinción del cargo la realización por el otorgante de disposiciones sucesorias posteriores, con lo que parece admitir una eventual revocación en testamento". No parece recogerse dicha opinión de CORA GUERRERO/GIL CABALLERO de que un testamento anterior a las capitulaciones matrimoniales que contengan la designación de comisario, vacía a éstas de contenido sucesorio, salvo que traten la partija de la herencia. Para PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 35 es siempre revocable.

[1762] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 9; GARCÍA RUBIO, María-Paz, "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 69; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1123; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 1123. MARTÍNEZ SANCHIZ, 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; BOLÁS ALFONSO, Juan "El artículo 831 del Código civil: una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1621; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*. Vol. II, obra cit., pp. 932. RUEDA ESTEBAN, Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V, obra cit., pp. 1319.

cual no puede afectar a la eficacia de los pactos capitulares otorgados con anterioridad (cfr. art. 9.8 y D.Tª. 12ª CC, SAPENA TOMÁS[1763]) habrá que plantearse si son revocables o no. Hasta la reforma por Ley de 2 de mayo de 1975, hay unanimidad en la doctrina (VELÁZQUEZ VIOQUE[1764]) en entender que como las capitulaciones anteriores eran inmodificables, éstas no podían ser novadas, pero sí vaciadas de contenido en cuanto a la fiducia otorgando al efecto nuevo testamento, lo que dicha autora entiende igualmente aplicable a las capitulaciones otorgadas con posterioridad a reforma.

Volviendo a la LDCV, el poder otorgado en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales es irrevocable por el causante de modo unilateral según afirma MONASTERIO AZPIRI[1765]. Por el contrario, ASÚA GONZÁLEZ[1766] considera la designación de comisario como esencialmente revocable con independencia de la forma concreta utilizada para el nombramiento porque admite que caben pactos sucesorios sin la nota de irrevocabilidad. IMAZ ZUBIAUR[1767] da un argumento más potente y conciso, cual es la literalidad de los art. 48 y 171 Ley 3/1992 (actual art. 45.8 LDCV): "El poder testatorio se extinguirá: (…) Por revocación".

Por mi parte, entiendo[1768] que, como todo contenido de un pacto sucesorio, el poder otorgado dentro del mismo es irrevocable en el sentido del art. 1256 CC ("La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"), luego el pacto sucesorio que contenga el poder testatorio enerva la potestad de pura revocación unilateral potestativa del causante que es la que prevé el art. 45.8 LDCV. Caso diferente es que también puede incluirse un poder testatorio en la escritura pública que contenga el pacto sucesorio pero dando a aquél expresamente carácter meramente unilateral, en cuyo caso será libremente revocable por el *de cuius*.

No obstante, el poder testatorio convenido como pacto sucesorio también podrá devenir ineficaz en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de causante/poderdante y comisario, pues recordemos que el otorgamiento de poder testatorio en capitulaciones matrimoniales o pactos sucesorios sólo cabe entre cónyuges o parejas de hecho inscritas y nadie más (art. 31, ap. 2 y 3 LDCV). Parece en consecuencia lógico que la pérdida de confianza también será causa de revocación del poder testatorio, tanto porque el art. 108.5 LDCV establece la revocabilidad del pacto sucesorio por dichos supuestos de crisis del matrimonio, como que el propio art. 45.3 LDCV prevé la extinción del poder testatorio entre cónyuges por la mera demanda de nulidad, separación o divorcio o por la extinción de la pareja de hecho (art. 45.9

[1763] SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 28.
[1764] VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 52 y 53.
[1765] MONASTERIO AZPIRI, Icíar. "Capítulo III. De los pactos sucesorios. Sección Primera. Disposiciones generales (Artículos 100 a 103)", en Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 148. Toma la definición de LACRUZ BERDEJO, José-Luis, en *Derecho de sucesiones I. Parte general, sucesión voluntaria,* obra cit., pp. 719.
[1766] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380.
[1767] IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 324.
[1768] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 80.

LDCV). También comparto el argumento favorable a la revocabilidad del poder pactado a favor del cónyuge comisario del causante, en los casos de la nulidad, separación o divorcio entre ambos, por la razón apuntada por ciertos autores en Derecho Civil Común en línea con la STS, Sala 1ª, de 28-09-2018 y el art. 767.1 CC, que la subsistencia de la institución de heredero a favor del "esposo" (léase comisario) no se basa en la literalidad de la cláusula sino en la pervivencia de dicho motivo de la institución[1769].

¿Y los poderes sucesorios otorgados entre parejas de hecho inscritas en el registro del Gobierno Vasco quedan revocados por su separación aunque se otorguen en pacto sucesorio o en escritura de determinación de su régimen económico matrimonial[1770]? Entiendo que la solución debe ser la misma, tanto por la plena equiparación en sus efectos sucesorios al matrimonio inscrito (art. 9 Ley 2/2003, de 7 de mayo), como que el presupuesto de la existencia, y por tanto subsistencia, de este pacto capitular es la pervivencia del matrimonio o de la relación de pareja (art. 31, ap. 1 y 2 LDCV).

*2.4. ¿Se podría pactar el carácter irrevocable del poder sucesorio otorgado en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales?* En general no veo mucho sentido práctico a esa pregunta que yo mismo me formulo pues no es verosímil una *fiducia cum creditore* como base del poder testatorio, que iría contra la misma esencia de la institución.

Pero por la libertad del causante (art. 30 y 46 CC) y por analogía con el mandato y el poder entre vivos (art. 1732.1º CC) entiendo que sí[1771], en línea con la jurisprudencia sobre los poderes irrevocables entre vivos (STS, Sala 1ª, de 21-10-1980, 24-12-1993 y de 19-11-1994) según los cuales son admisibles, ora cuando la concesión del mandato irrevocable sea el contenido o medio de ejecución, especialmente pactado, de un negocio bilateral o plurilateral, en cuyo caso ha de subsistir mientras lo haga el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder. Es decir, para la eficacia de la cláusula de irrevocabilidad del mandato se precisa el haberlo así convenido expresamente, lo que puede ser el caso pues las capitulaciones y pactos sucesorios en

[1769] GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp.87. Estos autores son, p.ej. 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. 848. Sobre el art. 71 CDCBaleares, se plantea a la luz de la STS, Sala 1ª, de 28-09-2018 y el art. 767.1 CC por la que la subsistencia de la institución de heredero a favor del "esposo" no se basa en la literalidad sino en la pervivencia de dicho motivo de la institución, piensa que en el futuro podría admitirse tal causa. Pero opone que "Esta doctrina podría ser aplicable a los casos en que, por el poco tiempo transcurrido antes de la muerte del testador, es razonable deducir que no ha tenido tiempo de modificar el testamento. Pero en otro caso implica presuponer una voluntad del testador que éste nunca manifestó en forma testamentaria, pudiendo hacerlo". También MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979.

[1770] Seriamente reducidas en cuanto a su eficacia por la RDGSJYFP de 22-11-2021 que no permite la inscripción en el Registro de la Propiedad como gananciales de bienes inmuebles así adquiridos por parejas de hecho conforme a su dicho régimen económico patrimonial pactado. En sentido contrario, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 29-12-2016 revoca la nota de un Registrador de la Propiedad y ordena la inscripción como gananciales de bienes adquiridos con tal carácter por pareja inscrita en el Registro correspondiente del Gobierno Vasco que pactó expresamente que su régimen económico patrimonial fuera el antedicho.

[1771] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 194.

Derecho civil vasco son el vehículo para ordenar la sucesión integral del patrimonio familiar.

De la misma manera, habida cuenta que las demandas de nulidad, separación y divorcio extinguen el poder sucesorio otorgado a favor del otro cónyuge, también podrá plantearse si el causante podría excusar de la misma expresamente o pactar la irrevocabilidad en dichos casos, más opto por la solución contraria pues: a) el art. 45.3 LDCV se expresa en términos imperativos "se extinguirá"[1772]; b) el art. 102.2 CC, de directa aplicación en toda España (art. 16 del mismo texto legal) determina que la mera presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, produce, por ministerio de la Ley, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. El último párrafo del art. 102.2 CC permite pacto contrario al cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, luego no se permite ese pacto respecto de los otros extremos del mismo precepto; c) esta causa de extinción se relaciona con el poder irrevocable en general, el otorgado en pacto sucesorio, pacto sucesorio que también se revoca ex art. 108.5 LDCV por nulidad del matrimonio, separación o divorcio, con lo que parece claro que la falta de confianza fundada la mera presentación de demanda en de nulidad, separación o divorcio es suficiente para originar la ineficacia del poder sucesorio. Otro argumento analógico es que la práctica unanimidad de la doctrina está a favor de la nulidad, separación y divorcio como causa de extinción de la delegación sucesoria del art. 831 CCC a tenor de los art. 102 y 106 CC[1773].

### 3. La existencia de meros "presuntos sucesores" entre la muerte del causante y cuando se hace uso del poder sucesorio.

*3.1. El nacimiento de los efectos de la sucesión por comisario tiene lugar con la muerte del causante*. Las diferentes regulaciones civiles autonómicas sobre la delegación de la facultad de ordenar presuponen el comienzo de ésta en el momento de la muerte del causante. Así, los art. 440.1 y 448 del CDFAragón sobre la fiducia sucesoria aragonesa y art. 71 CDCBaleares para Ibiza y Formentera sobre la "fiducia sucesoria". En Cataluña aunque el art. 424-1 CCCataluña literalmente pueda dar a entender que cabe ejecutarse en vida del causante, no tiene duda lo contrario para la doctrina, pues los fiduciarios han de tener capacidad para suceder y no estar incursos en causa de indignidad[1774] y haber sobrevivido al causante. En Galicia lo deja claro el art. 201.1 LDCGalicia, lo mismo que la ley 281 CDFNavarra sobre el "fiduciario-comisario". En Derecho civil común español su art. 831 CC sobre la delegación de la facultad de mejorar, no hay duda pues reza como presupuesto "fallecido el testador". Y

[1772] También imperativo para OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 447.

[1773] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I. Bosch, 1995, pp. 239; MARTÍNEZ SANCHÍZ, "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 979; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia entre cónyuges*, obra cit., pp. 286 y 287; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1609. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68-69. Mismo autor en "El otorgamiento de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 7, incluso adelanta los efectos a la pendencia del proceso de nulidad, separación conforme a la revocación de poderes del art. 102 CC.

[1774] GETE-ALONSO Y CALERA, María Carmen, "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 764; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566.

desde luego se afirma que el *usufructo poderoso* ayalés pueda comenzar a producir efectos con su otorgamiento, incluso antes de la muerte del causante, para alguna doctrina incluso en cuanto al poder testatorio, para otra, al menos en cuanto al derecho de usufructo[1775].

La muerte como presupuesto de la entrada en servicio del comisario sujeto al Derecho civil vasco se sigue omitiendo expresamente en la LDCV tal y como denunció GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1776] respecto de la Ley 3/1992, cuyo art. 32 es exactamente igual al art. 30 LDCV ("Sucesión por comisario. 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").

Sólo OÑATE CUADROS[1777] entiende que si el comisario cónyuge o pareja de hecho fuera sido instituido en pacto sucesorio podrá hacer uso a su vez del poder en pacto sucesorio otorgado con un tercero antes del fallecimiento del causante, pues, en su opinión, el Derecho Civil Vasco, a diferencia del aragonés, ni el otorgarnierito del pacto sucesorio es pesonalísimo ni el poder testatorio requiere necesariamente su ejecución por actos inter vivos.

No estoy de acuerdo con este último autor, pues no resulta nada complicado atisbar el requisito de premoriencia del causante al uso del poder en el texto legal, pues sus preceptos siempre refieren al "testador" como el otorgante del poder testatorio y el art. 34 LDCV sobre comienzo de la obligación de formar inventario es más específico aún. Pero el precepto clave para resolver esta cuestión es el art. 17.2 del mismo texto legal "… 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".

*3.2. El efecto fundamental del ejercicio del poder testatorio es la delación sucesoria a favor de los beneficiarios a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento* (art. 17.2 LDCV)[1778]. Hasta ese momento, entre la muerte del causante y hasta el

---

[1775] A favor de que puede empezar en vida del causante: 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. 357. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel, *El Fuero de Ayala*, en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 203: "Se habla de constituyente del usufructo, evitando el utilizar términos como «testador» o causante» Este último porque en el momento en que se constituye el usufructo aún está vivo, y sobre todo porque esta institución puede utilizarse en actos que han de surtir efectos inter vivos, de modo que continúa vivo aquel constituyente. La posible utilización de actos inter vivos, como la donación, nos aleja de términos como testador, u otros de carácter estrictamente sucesorio". GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 976. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 336 y 341.

[1776] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 141.

[1777] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en Andres-María Urrutia Badiola (Coord), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), A*nálisis 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. 792.

[1778] El primero en plantear esta tesis fue ROCA SASTRE, Ramón María, "La designación, la vocación y la delación sucesorias", en *Estudios sobre sucesiones* Tomo I, obra cit., pp. 161 y 162. Era de especial referencia derecho civil catalán, lo que tuvo su eco en la STS, Sala 1ª, de 17-04-1990 sobre la fiducia sucesoria catalana: "la muerte del heredante o causante todos los hijos reciben vocación hereditaria, que

ejercicio o frustración del poder sucesorio[1779], queda diferida o suspendida dicha delación[1780].

Esta es, en mi opinión, la principal característica de la sucesión por comisario durante la vigencia del cargo, de la que se deriva que no puede hablarse sino de "presuntos sucesores", denominación que proviene del Proyecto de Apéndice de 1900 y de LEZÓN NOVOA[1781] y está asentada totalmente en la actual doctrina[1782] y hallamos hoy en día en la regulación positiva, art. 34 y 69 LDCV.

Por lo tanto, los eventuales beneficiarios de la ordenación sucesoria que haga el comisario en nombre del causante están en situación de mera expectativa[1783], son meros

---

sólo se convierte en delación cuando el cónyuge sobreviviente elige heredero o herederos entre dichos hijos o distribuye entre ellos la herencia, estando mientras los bienes en una situación jurídica sin sujeto determinado". Hoy en día parece pacífica y la sostiene toda la doctrina. Así URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 344. 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*, obra cit., pp. 222. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74. MONJE BALMASEDA, Óscar, "Sección segunda. De la disolución del régimen de comunicación de bienes (Artículos 140-146)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco* -Andres-María Urrutia Badiola (coord.), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.)-, AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, pp. 1068, GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 205, sobre el similar art. 448.1 CDFAragón: "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".

[1779] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 y AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011.

[1780] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss.

[1781] LEZÓN NOVOA, Manuel-Ricardo, "Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero", obra cit., pp. 307: "los elementos integrantes del grupo legitimario vizcaíno, mientras el fiduciario no destaca de entre éstos al que ha de ser dueño de los bienes por título de herencia, no tienen más que una simple esperanza de heredar y acciones impugnadoras de las posibles enajenaciones que de los bienes hereditarios pueda realizar el viudo a favor de extraños".

[1782] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 71. Denominación criticada por CASTILLO TAMARIT, José Vicente en "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya", *Revista de Derecho Notarial*, ISSN 0482-539X, 1981, nº 111, pp. 363 y 364.

[1783] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 71. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 02-05-2018, SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 09-01-2019 y las que citan.

"sucesores presuntos" que carecen de cualquier derecho ni obligación[1784] ciertos o determinados sobre la herencia del causante, tanto en Derecho Civil Vasco[1785] como en el resto de los ordenamientos jurídicos autonómicos[1786].

Por su parte, la masa patrimonial como tal, como afirma MONJE BALMASEDA[1787], pendiente el ejercicio del cargo por el comisario, es similar a la que acontece en toda sucesión mortis causa, un estado de yacencia vinculado a la falta de ejercicio del *ius delationis*.

Por lo tanto, desde la muerte del causante y hasta que se hace uso del poder sucesorio, los que eventualmente tuvieran un derecho a la sucesión están en situación de mera expectativa, a salvo las siguientes prerrogativas[1788]:

3.2.1. Derecho de los presuntos sucesores a exigir la formación de inventario y avalúo de los bienes hereditarios, incluso judicialmente (art. 34 LDCV).

3.2.2. Derecho de los presuntos sucesores a pedir alimentos contra la herencia (art. 38 LDCV).

3.2.3. Derecho de los presuntos sucesores a vetar o autorizar los actos de disposición del comisario administrador y representante del patrimonio hereditario sobre bienes y derechos de cierta importancia (art. 43.5 LDCV).

---

[1784] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María "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. 325, conforme al art. 43.3 LDCV. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2018, Nº. 28, 2017, pp. 642. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016. Mientras no haya delación a su favor y acepten, nada adquieren (art. 17.2 LDCV) ni deben. Esto es así al punto que el art. 66.3 de la Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Bizkaia no sólo obliga al comisario a presentar la liquidación de la herencia, sino que prohíbe la presentación de autoliquidación por los contribuyentes en tanto no se haya ejercitado el poder testatorio con carácter irrevocable, de manera parcial o total, o se produzca alguna de las demás causas de extinción del mismo.

[1785] Plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 139, la posibilidad de que los sucesores presuntos acudan al Ministerio Fiscal reclamando que actúe exigiendo al administrador hereditario responsabilidades por daños. Para el Fuero de Ayala. Algún autor le concede a los sucesores presuntos una reducida legitimación activa para impugnar actos del usufructuario que menguasen su difusa expectativa. Así, ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 199. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. ed. 2016, obra cit., pp. 980.

[1786] LACRUZ BERDEJO, José-Luis,"*Derecho de sucesiones*" Tomo II, obra cit., pp. 70. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp. 1319; MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el «el favor viduitatis»", obra cit., pp. 987, quien cita la RDGRN de 11-12-1929 en su apoyo. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1141 y SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 250 y 256 quien asemeja la situación a la herencia yacente.

[1787] MONJE BALMASEDA, Óscar. *La Herencia Yacente*. Dykinson, Madrid, 2001. ISBN 84-8155-735-8, pp. 351

[1788] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 71.

3.2.4. PARRA LUCÁN[1789], se plantea si los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia aragonesa. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[1790] aporta como posible solucion que los sucesores presuntos acudan al Ministerio Fiscal reclamando que actúe exigiendo al administrador hereditario responsabilidades por daños. Y para el Fuero de Ayala ANGOITIA GOROSTIAGA y GIL RODRÍGUEZ[1791] conceden a los sucesores presuntos una reducida legitimación activa para impugnar actos del usufructuario que menguasen su difusa expectativa. Pero la jurisprudencia en Derecho Civil Vasco es contraria, puesto que niega legitimación procesal a los sucesores presuntos para ejercitar incluso las responsabilidades en que pudiera incurrir el comisario, hasta que no acabe su cargo[1792].

Trataremos más en profundidad estas facultades al tratar los efectos de la sucesión por comisario antes del ejercicio del poder testatorio.

**4. Cargo personalísimo e intransmisible.**

En el Derecho civil interregional español las facultades del delegado para testar se consideran generalmente indelegables, tanto las de ordenación como las de ejecución de la sucesión.

En la fiducia aragonesa se entiende que la prohibición de subdelegar es una mera regla interpretativa de la voluntad del causante y, por tanto, dispositiva pero en tal caso, será exigible un poder especialísimo (PARRA LUCÁN[1793]). MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[1794] entiende que el fiduciario puede otorgar poder para que el apoderado nombre heredero a una persona determinada, porque en dicho caso no se está nombrando sustituto, sino ejecutando la fiducia, solución en su opinión adoptada por el art. 19 de la Compilación Balear, el art. 39 de la Ley 3/1992 y la ley 282 de la Compilación de Navarra[1795]. Bajo legislación de Galicia, la mayoría de la doctrina entiende indelegable el cargo de comisario[1796]. Sólo PÉREZ ÁLVAREZ[1797] cita una

[1789] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 603.
[1790] Plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 139.
[1791] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 199. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. ed. 2016, obra cit., pp. 980.
[1792] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004, sobre imposibilidad de oponerse a liquidaciones parciales de gananciales; AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011, SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2013 sobre falta de legitimación activa de la sucesora presunta; y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 en general sobre su imposibilidad de inmiscuirse en distintas cuestiones en que estaba interesado el causante.
[1793] PARRA LUCÁN, María-Ángeles. "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 593.
[1794] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 26.
[1795] Asimismo, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, en *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 846; NANCLARES VALLE, Javier. "22. Disposiciones fiduciarias en el Derecho Sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. ed. 2011., pp. 874; SALINAS QUIJADA, Francisco. *Compendio de Derecho Civil Navarro*, obra cit., pp. 187. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1389.
[1796] 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. 151. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396.

excepción conforme al art. 212 LDCGalicia: "Será admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio". También en Derecho común el fiduciario del art. 831 CC es un cargo personalísimo, indelegable o intransferible, ínsito a la calidad de cónyuge o co-progenitor del causante, de modo que (SAPENA TOMÁS[1798]) sólo excepciona al "nuntius" nombrado por el fiduciario que se limite a formalizar documentalmente la voluntad del segundo, aunque se discute si el fiduciario puede nombrar un contador-partidor[1799]. En lo que sí hay acuerdo unánime es en que, siguiendo a las opiniones más autorizadas sobre el albaceazgo[1800] el nombramiento de auxiliares por el fiduciario no es delegar el cargo y por tanto le es lícito, como se entiende en casi todas las regiones españolas de derecho civil autonómico[1801].

En Derecho Civil Vasco dispone sobre el particular el art. 36 LDCV: "1. El cargo de comisario es, en todo caso, voluntario y gratuito, y sus facultades, mancomunadas o solidarias, son personalísimas e intransferibles. 2. El comisario podrá designar albacea y contador partidor de la herencia del comitente, si éste no lo hubiera hecho". Este precepto suscita distintas cuestiones:

*4.1. La imposibilidad de la subdelegación por el comisario de la facultad de ordenar la sucesión del causante*. CELAYA IBARRA[1802] consideraba discutible la posibilidad de que el comisario nombrara un sustituto, remitiéndose al análisis de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1803], quien da argumentos a favor y en contra.

---

[1797] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 72.

[1798] SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El articulo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 29.

[1799] RUEDA ESTEBAN, Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 230, entiende que el fiduciario no puede nombrar un contador-partidor, porque el ejercicio de la facultad de distribuir es personalísimo debido a la propia naturaleza de la función. En el mismo sentido, GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil". *Revista Jurídica del Notariado* nº 83, 2012, pp. 367. Al contrario, GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 95, para quien el fiduciario puede también limitarse a designar las cuotas en las que habrán de suceder los descendientes comunes y designar un contador-partidor que lleve a cabo la verdadera partición. Con lo que estoy de acuerdo, dada la literalidad del art. 831 CC (conferir "facultades" al fiduciario para "hacer particiones"), supone también la de nombrar del contador partidor testamentario (art. 1057 CC) y, además es muy oportuno un contador-partidor que coordine las particiones de las herencias del delegado y del causante.

[1800] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso Derecho Civil. V Derecho de sucesiones*. EDISORFER, Madrid, 2008. ISBN 978-848949-388-9., pp. 353. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Sucesiones* Tomo I, obra cit., pp. 765. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de Sucesiones*, Vol. 2.2ª parte, obra cit., pp. 764.

[1801] Galicia: BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. pp 396. Derecho común: SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 29; RUEDA ESTEBAN, Luis, *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges*, obra cit., pp. 230 y GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil". *Revista Jurídica del Notariado* nº 83, 2012, pp. 367 En similar sentido, respecto de la fiducia de las Islas Pitiusas, 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*. Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 850.

[1802] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 182.

[1803] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 168 y 169.

4.1.1. Argumentos a favor de la subdelegación de la función de ordenar la sucesión: a) el causante puede "encomendar" al comisario con sus propias facultades, una de las cuales es nombrar comisario; b) el comisario tiene las mismas facultades del causante; c) la voluntad del causante debe prevalecer y, d) por analogía con el mandato y el albaceazgo que permiten la sustitución en el cargo.

4.1.2. Argumentos contrarios a la admisión de la subdelegación de la ordenación de la sucesión: a) el carácter personalísimo del testamento; b) que la sucesión por comisario se basa en la confianza depositada en éste y; c) la literalidad del art. 39 Ley 3/1992, actual art. 36 LDCV.

Estoy con CELAYA IBARRA, ASÚA GONZÁLEZ y OÑATE CUADROS[1804] cuando afirman el carácter personalísimo del cargo de comisario como una característica no derogable por el ordenante/causante, pues el art. 36.1 LDCV habla de un cargo "en todo caso" voluntario y gratuito de facultades personalísimas e intransferibles y que la regla de prevalencia de la voluntad del testador (art. 46 LDCV) es meramente hermenéutica. Un argumento adicional sería el novedoso art. 32.3 LDCV, conforme al cual, el comisario no puede tomar decisiones tendentes a retrasar la adjudicación de los bienes, como sería que designase uno o más sustitutos sucesivos.

En suma, sólo el causante puede nombrar comisarios simultáneos o sucesivos (art. 40 LDCV), lo que no obsta a que, como se admite en la doctrina comparada, en opinión de OÑATE CUADROS[1805], en la ejecución material de las decisiones que el comisario adopte pueda valerse de otras personas, o usar auxiliares bajo su responsabilidad y terceros que le asesoren (peritos, juristas…).

*4.2. Subdelegación por el comisario de la ejecución del testamento y de la partición de la herencia.* Algunos autores opinan que esta facultad no es posible en las fiducias sucesorias previstas en el Derecho civil foral o especial[1806]. Pero generalmente parten de concepciones capitidisminudias de la sucesión por delegado, como una función dispositiva-partitiva que, no de ordenación de la sucesión por poder, que por tanto repugna que, elevada la partición a lo máximo que pueda hacer el fiduciaro, pueda el mismo delgarla en un tercero.

Estas dudas no se dan en Derecho Civil Vasco pues el art. 36.2 LDCV autoriza al comisario a designar albacea y contador partidor de la herencia del comitente, si éste no lo hubiera hecho. Ello es algo totalmente lógico, pues si dicho comisario tiene las mismas facultades que el testador en orden a regular la sucesión de éste, también tendrá

[1804] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 182. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 447.

[1805] Ibídem.

[1806] 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., 151. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396. Derecho común: GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 367. Ibiza y Formentera: 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*, ed. 2016, obra cit., pp. 850.

la de ejecutar o hacer cumplir las reglas sucesorias, así como repartir la herencia, y en consecuencia, hacerlo personalmente o nombrar albaceas y contadores partidores al efecto. Y así ha sido siempre en el Derecho histórico vizcaíno: La ley 3ª del título XXI del *Fuero Nuevo* autorizaba al Comisario "*para dar e distribuir e partir*", lo mismo que el Capítulo CXXVII del *Fuero Viejo*. Por lo que concluimos que el art. 36.2 LDCV aclara las dudas que pueden suscitarse en otros ordenamientos jurídicos y, a la vez nos dice que la ejecución de la herencia (cumplimiento de la voluntad y partición) son facultades naturalmente concedidas (si nada dice el testador) al comisario, quien, no obstante, sí puede delegarlas.

Y, como hemos avanzado sobre el art. 831 CC, un albacea y contador partidor común a la sucesión del comitente y comisario es coherente y útil para liquidar, partir y adjudicar ambas herencias, coordinadamente, en especial cara a la liquidación y partición de la sociedad conyugal habida entre ambos, cónyuges[1807].

*4.3. Subdelegación por el comisario de la administración y representación de la herencia.* Obviamente si el testador ha nombrado un albacea este último administrará la herencia (art. 37.1 LDCV) y su cargo es indelegable si no se le autoriza expresamente al efecto aunque pueda servirse de auxiliares (art. 909 CC).

Pero si la administración se encomienda al propio comisario GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, ASÚA GONZÁLEZ y OÑATE CUADROS[1808] entienden que, no obstante, el carácter general indelegable del cargo de comisario, el mismo puede delegar en tercero para ejecutar actos concretos de administración sobre algún bien del caudal o incluso de disposición y el primer autor citado añade que puede servirse de auxiliares en su labor, posición que es ampliamente compartida en la doctrina comparada sobre el albaceazgo, como hemos visto arriba, opinión que comparto.

Podría extrañar las anteriores afirmaciones defendiendo que dado que el art. 36.2 LDCV autoriza al comisario a nombrar albacea universal y por tanto éste devendría administrador. Pero si el comisario nombra albacea y/o contador partidor está otogando testamento (cfr. art. 892 y 1057 CC) y éste vendrá irrevocable (art. 44 LDCV), con lo que no podrá revertir a su favor la subdelegación de la facultad de administración y representación de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, aunque posiblemente pueda otorgar otras disposiciones distintas de ordenación de la sucesión. Es decir, la facultad de subdelegar en terceros la ejecución y partición que el art. 36.2 LDCV concede al comisario tiene sentido cuando el éste ordena la sucesión del causante por actos mortis causa, sea mediante testamento (o pacto sucesorio) sin hacer asignación de cuotas ni de bienes; testamento (o pacto sucesorio) asignando cuotas pero no bienes o bien cuando procedan hacer colaciones hereditarias. Y no la tiene cuando quiera hacer la ordenación de la sucesión en varios actos (art. 42 LDCV) reteniendo la gestión hereditaria.

---

[1807] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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.

[1808] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 168 y 169. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 447.

**5. No existe prohibición de conflicto de intereses.**

Dispone el art. 35 LDCV "Autoadjudicación de bienes. 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". De su análisis deducimos que:

*5.1. El causante puede nombrar comisario a un sucesor*. Todos los autores están de acuerdo en el delegado para testar puede ser sucesor, pues no es una remuneración en sentido propio (art. 1274 CC) aunque apunte al legado con causa remuneratoria[1809] (art. 887-1º CC) o condicional, tal y como indica CASTÁN TOBEÑAS[1810] a modo de compensación por el trabajo realizado.

Por su parte, el art. 35 LDCV proviene del art. 38 Ley 3/1992 que fue novedoso frente al silencio sobre el particular de la Compilación de 1959. Lo primero que dice el precepto es que, aunque el causante no puede nombrar un contador partidor interesado en la sucesión (art. 1057 CC) sí que puede investir a un heredero como comisario[1811].

*5.2. Autoatribución de bienes por el comisario.* La siguiente consecuencia era la duda planteada de si se autorizaba que el comisario pudiera adjudicarse todos bienes de la herencia o la mayor parte, o todos los que están a la libre disposición del testador. El actual art. 35 LDCV básicamente incorpora la opinión de ARZANEGUI SARRICOLEA[1812], que puede ser analizado bajo las diferentes situaciones siguientes.

5.1.1. ¿Puede el comisario, a la vez heredero forzoso, en concurrencia con otros legitimarios atribuirse a sí mismo la herencia, previo apartamiento del resto? Frente a la opinión favoreable de GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1813], entiendo con CELAYA IBARRA, ASÚA GONZÁLEZ y URRUTIA BADIOLA[1814] que no, que ha de estarse a la literalidad del art. 35 LDCV (antiguo art. 38 Ley 3/1992). Como argumento cito, además, la relación de especialidad de este precepto sobre el general art. 33, ap. 2 y 3 LDCV (que reconozco que aisladamente leídos permitirían con la redacción actual dar la razón a GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE). El comisario podrá atribuirse, por tanto:

---

[1809] FERRER I RIBA, Josep, "La ejecución del testamento y el albaceazgo", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, volumen I, obra cit., pp. 722.

[1810] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, *Tomo VI, Sucesiones, Vol. II*, obra cit., pp. 372.

[1811] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 166. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 180. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 375. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 368.

[1812] ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián. "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISBN: 84-8968919–9, núm. extraordinario 1, 2004, pp. 134.

[1813] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 166.

[1814] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 180 y 181. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 959. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 388.

5.1.2. Aquellos bienes que le hubiesen correspondido conforme al testamento del causante[1815], lo que es lógico pues, en principio incorpora las funciones de albacea, pero sin prohibición de conflicto de intereses, como acabamos de ver.

5.1.2. El comisario también podrá asignarse a sí mismo aquellos bienes que le corresponderían de no ejercitar el poder testatorio, que son, ora los previstos en el testamento preventivo (ASÚA GONZÁLEZ[1816]), ora los mismos de la sucesión intestada.

5.1.3. El cónyuge comisario, (GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y MARTÍN OSANTE[1817], podrá, en la liquidación de la comunicación foral, adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes que integran la masa conyugal, dejando la otra mitad para la herencia del premuerto (art. 106 pfo. 1 Ley 3/1992, art. 142.1 LDCV).

5.1.4. Apuntaban asimismo GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, ARZANEGUI SARRICOLEA y ASÚA GONZÁLEZ[1818] que el comisario viudo también podrá asignarse el usufructo universal de la herencia, o la parte libre, a su elección (art. 61 Ley 3/1992, art. 57 LDCV). Si esta apreciación tenía difícil encaje en la Ley 3/1992, pues la literalidad del precepto sólo permitía al viudo elegir previa autorización al efecto del causante, no lo tiene con la normativa actual. Y ello, por varias razones: a) Por un lado por la propia interpretación gramatical del art. 35 LDCV. b) Por otro porque el art. 6 Ley 3/1992 beneficiaba al viudo en una situación de concurrencia con fuertes cuotas legitimarias de los descendientes (1/5 de la herencia) o ascencientes (½ de la herencia), mientras que ahora sólo son sucesores forzosos los descendientes con derecho a un redudido tercio de la herencia. El viudo puede ser beneficiado hasta 2/3 de la herencia sin problemas, ya no necesita este refuerzo patrimonial de que pueda adjudicarse el usufructo universal. c) Y por otro porque al comisario viudo ya tiene por defecto el usufructo universal (art. 41.3 LDCV). En todo caso los ap. 2 y 3 del art. 33 LDCV igualmente constriñen las facultades de auto atribución del comisario viudo al caso que no haya descendientes ni parientes tronqueros del causante, cuyos derechos deberá respetar en todo caso (art. 62, ap. 2 y 3 LDCV).

---

[1815] Cfr. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015. RDGRN de 08-10-2013: tanto la atribución de bienes en pleno dominio, como la exclusión o liberación de la condición impuesta al cónyuge sobreviviente y comisario, exceden con claridad de las facultades atribuidas a éste, para poder inscribir una escritura de uso de poder testatorio.

[1816] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 375.

[1817] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 166. MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, obra cit., pp. 639.

[1818] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 166. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián. "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio. Derecho sucesorio: El poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil", obra cit., pp. 134. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 375.

5.1.6. El comisario del testador, de quien es su verdadero *alter* ego, facultado por aquél para autonombrarse heredero, puede hacerlo con las mismas consecuencias que si lo hubiera instituido el propio testador[1819].

A falta de dicha autorización, el comisario no puede nombrarse heredero a sí mismo. Efectivamente podría pensarse que art. 33.2 LDCV autoriza, a falta de señalamiento por el causante del grupo de potenciales beneficiarios, que el comisario viudo puede alternativa y libremente elegir entre el mismo, los descendientes o los parientes tronqueros del testador. Pero tanto el art. 33.3 LDCV que faculta al comisario a designar libremente sucesor del causante sólo a falta de herederos forzosos, como el comentado art. 35 LDCV no autorizan tal solución.

En cuanto a la posibilidad de que el comisario pensara burlar la prohibición de sobrepasar su participación en la herencia a él encomendada por la vía cuantitativa, tampoco cabe que manipule los números a su favor, pues pese a que el art. 35 LDCV no incluya el apartado final del art. 38 Ley 3/1992 de que las adjudicaciones que haga a su favor el propio comisario "habrán de realizarse con sujeción a lo establecido en los artículos 62 y 64", la solución es la misma con la LDCV. Efectivamente, la valoración de los bienes no la puede hacer el comisario por sí y antes sí, sino que queda sujeto al art. 60 LDCV, que es reproducción de los anteriormente citados art. 62 y 64 Ly 3/1992, es decir precisará la intervención del contador partidor testamentario, los sucesores el juez. Salvo que el causante le autorizara expresamente a hacerlo, como veremos.

Sobre esta última cuestión, añadamos que GALICIA AIZPURUA[1820] entendió que la Ley 3/1992 hacía partícipe al legitimario del aumento o reducción del valor que experimentara la herencia hasta la delación a favor del sucesor elegido, lo que es correcto a mi entender. Y deducía que la remisión del art. 38 Ley 3/1992 a las normas de computación e imputación (art. 62 y 63 Ley 3/1992; ahora art. 50 LDCV) impone al comisario que se atribuya bienes de la herencia sea "autoadjudicante" o no, a la necesidad de la inmediata liquidación de la cuota legitimaria y a la consiguiente designación inmediata de sucesor o sucesores, salvo que se trate de atribuciones de objetos singulares hechas por el causante al comisario. Entiendo excesiva esta obligación pues es contraria a la posibilidad de ejercicio del poder en uno o varios actos (art. 42 LDCV y art. 45 Ley 3/1992). Por lo tanto la valoración de la legítima será al tiempo de la delación sucesoria (art. 58 LDCV), que podrá tener lugar en uno o varios actos, los cuáles habrán de calcularse en el momento de la conclusión de la función del comisario retrospetivamente a cada uno de los actos de ejercicio del poder testatorio (art. 17.2 LDCV). Hasta entonces, estando los legitimarios en expectativa poco podrán impugnar (art. 51, ap. 2 y 3 LDCV). Pero este progresivo y complicado decalaje temporal de diferentes computaciones, imputaciones y colaciones puede ser fácilmente obviado mediante el recurso a que el comisario, cada vez que efectúe una de dichas

[1819] RDGSJFP de 02-07-2020; OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Abran paso a la libertad civil II", obra cit., pp. 17. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 77.

[1820] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 304.

atribuciones lo haga con apartamiento de los no llamados a la misma (art. 59, ap. 2 y 4 LDCV)[1821].

*5.3. El comisario ¿heredero de confianza?* El comisario, debidamente autorizado por el causante (art. 35 LDCV), ejercitando su poder sucesorio podría instituirse a sí mismo heredero[1822], de modo que el paso del caudal hereditario a su patrimonio fuera meramente instrumental[1823]. 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 (fiducia).

No obstante, en la medida que la jurisprudencia y doctrina administrativa recaída hasta la fecha opta por el carácter "pars valoris bonorum" y no "pars valoris" de las legítimas[1824] esta posibilidad se ha vuelto complicada caso que todos los descendientes legitimarios hicieran frente común contra el comisario[1825]. Efectivamente, siendo conforme a dicha opinión legitimario en derecho civil vasco tiene un derecho de crédito garantizado con todos los bienes de la herencia debe prestar su consentimiento a su partición. Y si bien el comisario podrá apartar a varios contentando a uno conforme al protocolo referido, si todos manifiestan su descontento con esta autoadjudicación total del comisario con retransmisión a favor de alguno de ellos, cabría impugnación de la ejecución de la sucesión.

*5.4. Autocontratación por el comisario.* Antes de la LDCV, no se previeron legalmente para el comisario las facultades de disposición que ahora sí tiene, en especial el comisario viudo (art. 43.4 LDCV). No siendo la analogía entre el albaceazgo y la sucesión por comisario total (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004), no parece posible una aplicación directa de la prohibición de que el albacea adquiera los bienes hereditarios confiados a su cargo (art. 1459.3º CC). Además, dado que prevalece la voluntad del causante (art. 46 LDCV), éste siempre podrá, a mayor abundamiento,

---

[1821] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 430.

[1822] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 77.

[1823] La RDGRN 04-07-2019, dice "puede encomendar (artículo 30) por el testador la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades sean necesarias para la transmisión sucesoria de los mismos, con funciones o poderes semejantes a los de un heredero de confianza". Ello es un error bastante grave puesto que el comisario no es un sucesor que retransmita los bienes según instrucciones que deba seguir. Sino un delegado libérrimo que nada adquiere como tal.

[1824] La RDGRN de 04-07-2019 y la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, 03-07-2020 han resuelto que la legítima de los descendientes en la LDCV es *pars valoris bonorum*, o sea, un derecho de crédito que grava toda la herencia, por lo que se precisa el concurso de los legitimarios para la partición y adjudicación de la misma.

[1825] Y sigue siendo complicado tras la STSJ del País Vasco (civil y penal) de 14-12-2021 cuando establece que la intervención de los legitimarios en las particiones y entregas de legados tiene sentido si el legado hubiese sido adjudicado a un tercero no legitimario y dicho legado pudiese mermar sus derechos en cuanto a la legítima colectiva en tanto que con dicho legado se estuviese disponiendo en cuantía superior a los dos tercios de los que libremente pudiese disponer el causante, pero cuando concurran a una sucesión solo legitimarios en su condición de hijos o descendientes en cualquier grado, en relación a los bienes que hubieran sido adjudicados a cada uno de ellos mediante legado, se consideran apartados tácitamente los demás, resultando innecesario el consentimiento de los apartados para el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de legado cuando el testador haya autorizado al legitimario para posesionarse de la cosa legada.

autorizar al comisario a la autoentrada en las enajenaciones que realice de los bienes hereditarios, a título oneroso, pues las de carácter gratuito supondrían el ejercicio del poder testatorio y caerían bajo la regulación del citado art. 35 LDCV.

**6. Cargo gratuito.**

El art. 900 CC, sobre el albaceazgo, permite que el testador ordene liberalidades a favor del albacea pero las anuda a que acepte el cargo y no lo renuncie.[1826] El art. 908 CC, por su parte, da carácter dispositivo a la gratuidad del cargo de albacea, permitiéndose tanto su remuneración como el por el mismo cobro de honorarios por los servicios profesionales prestados[1827].

En general, en el Derecho interregional español, se prevé que los cargos fiduciarios son gratuitos, a mi entender por el irreprochable argumento que facilitan CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[1828]: "la persona en quien se hace la delegación no recibe la encomienda por sus conocimientos técnicos o por tener una profesión determinada, sino por la relación de mutua confianza que presupone el vínculo conyugal". En la fiducia del art. 831 CC para MARTÍNEZ SANCHIZ y RUEDA ESTEBAN[1829], sin perjuicio de las atribuciones que el causante quiera conferirle, no puede el fiduciario hacerse atribuciones a su propio favor ni sobre la parte de libre disposición pues entraría en la prohibición de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia de herederos o legatarios (art. 670, pfo. 2º CC). LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[1830] añade que, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo, vía la unilateral liquidación de los gananciales que el causante le puede conferir. En Cataluña el administrador, tiene derecho a un estipendio por el trabajo realizado, no a una remuneración fija (como el albacea), con derecho al reembolso de los gastos (art. 424-6 CCCataluña) [1831]. En Navarra el cargo de fiduciario-comisario es naturalmente gratuito[1832]. En Ibiza y Formentera, puede ser remunerado según CERDÁ GIMENO[1833]

[1826] LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 408. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. I, Bosch, Barcelona, 1977: ISBN: 8471625199, 9788471625199, pp. 451. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 365.

[1827] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 365. FERRER I RIBA, Josep. "Capítulo 17. La ejecución del testamento y el albaceazgo, en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 721.

[1828] 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*. Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 850.

[1829] MARTÍNEZ SANCHÍZ, José-Ángel. "El artículo 831 y el favor viduitatis", obra cit., pp.987. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp. 1356, llega a similares conclusiones.

[1830] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1134.

[1831] PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 271 y 275; ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento Experto Civil Cataluña*, obra cit., pp. 565 y 566; GETE-ALONSO Y CALERA, María Carmen, "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 764 y 766; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y otros, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 134.

[1832] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 840: Pero también es lícito que el comitente no le deje nada (SAT de Pamplona de 26-05-1971 y SAP de Navarra de 31-12-1996), partiendo de la base de que el cargo es naturalmente gratuito. Ninguna regla permite al fiduciario exigir una retribución, ni puede autoasignársela (salvo que fuese por servicios prestados en ejercicio

a quien se oponen CARDONA GUASCH y LLODRÁ GRIMALT[1834] por la razón antedicha.

Conforme al art. 36.1 LDCV el cargo de comisario es gratuito, por lo menos en principio, como veremos.

*6.1. La prohibición de remuneración del comisario.* Este precepto es idéntico al anterior art. 38 Ley 3/1992, sobre el que CELAYA IBARRA y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1835] entendieron, que el comisario no puede reclamar nada por los servicios prestados sin perjuicio de las atribuciones *mortis causa* que recibiera el comisario como sucesor del causante, voluntario o por ley, opinión que comparto[1836] (cfr. art. 35 LDCV). ASÚA GONZÁLEZ[1837] estima, que "el cargo es naturalmente gratuito, pero no lo es esencialmente, de modo que si nada se dice, no cabe pretender remuneración, pero otra cosa (sea una atribución sucesoria, sea otra forma de recompensa -que si es con cargo al caudal no podría superar la libre disposición-) puede ser establecida por el causante", lo que según mi parecer no es correcto puesto que choca con la literalidad del art. 36.1 LDCV "en todo caso".

En consecuencia, la prohibición de remuneración creará, al menos aparentemente, un problema a los comisarios personas jurídicas que pretendan cobrar por su desempeño. Ahora bien, éstas pueden ser beneficiarias de las liberalidades antedichas, las cuales se subsumen como indemnización por las molestias y también pago por trabajos profesionales. Tal es la solución que admiten ALBALADEJO GARCÍA y LACRUZ BERDEJO[1838] en el caso del albacea.

Otra solución para remunerar al comisario persona jurídica es que pueden ser nombradas con el carácter simultáneo y separado (art. 37.1 LDCV) de comisario sólo

---

regular de su actividad profesional para poder ejecutar la fiducia: v, gr.: si es notario, abogado, etc.). No parece aplicable analógicamente la ley 294, relativa a los herederos de confianza, ni la ley 298, concerniente a los albaceas, a falta de precepto expreso. También NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 874, quien sí admite que el causante atribuya algún bien al fiduciario-comisario o que le permita disponer de bienes en provecho propio para así gratificarle por el ejercicio de su cargo o para que pueda hacer frente a situaciones de necesidad en las que se encuentre (SAP de Navarra 22-06-1998). De no ser así, el fiduciario-comisario, según dicho autor no podrá exigir retribución alguna, a diferencia de lo que sucede con los herederos de confianza (ley 294) o con los albaceas (ley 298).

[1833] CERDÁ JIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit. 1383.

[1834] 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*. Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 850.

[1835] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 182. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 167.

[1836] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 71.

[1837] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368.

[1838] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 355 y 356. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Sucesiones*, obra cit., pp. 411.

para ordenar la sucesión, con carácter gratuito, y a la vez, de albacea, por otra parte, para administrar y representar la herencia (que es un contenido accidental del cargo de comisario, como hemos visto). En dicho supuesto, podrá ser remunerado por la razón dada por PUIG BRUTAU, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA[1839], que parece justo que tenga derecho a honorarios el albacea que desempeña el encargo realizando los trabajos propios de su profesión, pues en tal caso se trata de algo más de prestar un servicio genérico en cumplimiento de un encargo de confianza y la jurisprudencia al efecto exige que la designación del albacea con derecho a honorarios se haya hecho en consideración a su título profesional.

*6.2. La admisibilidad de liberalidades a favor del comisario.*

Así lo permite el art. 35 LDCV. No obstante, tanto GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE como ASÚA GONZÁLEZ[1840] apuntan pero no manifiestan su opinión sobre la posible pérdida de las liberalidades dejadas al comisario si no acepta o renuncia su cargo, cuestión sí resuelta por el citado art. 900 CC ("El albacea que no acepte el cargo, o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima").

ALBALADEJO GARCÍA[1841] entiende que en el albaceazgo se presume que la liberalidad al albacea está anudada al cumplimiento de su cargo que debe cumplir salvo justa causa según el recitado art. 900 CC.

Por mi parte, a salvo lo que haya ordenado el testador, entiendo que el comisario no pierde lo dejado por el causante por dos razones: La primera que, dado el carácter sancionador de este precepto (CASTÁN TOBEÑAS[1842]), como tal sanción entiendo que no cabe su extensión analógica al comisario. La segunda que el de comisario es un cargo voluntario libremente renunciable (art. 45.5 LDCV vs. art. 989-900 CC) luego debe surgir el principio inverso al del art. 900 CC, de modo que aquél no perderá la liberalidad si no aceptase o renunciase, con o sin justa causa su cargo de comisario. Siempre a salvo, como digo, una expresa condición al efecto impuesta por el testador. Y la razón no puede ser otra que la confianza que media entre comisario y causante es una moneda de dos caras, la primera, el encargo que éste ruega a aquél. La segunda la libertad del delegado para ponderar si quiere, puede, le conviene o se siente con fuerzas para cumplirlo.

*6.3. Reembolso de gastos efectuados por el comisario y la indemnización de perjuicios por el mismo sufridos.* Estimamos que, aunque sólo sea por enervar el enriquecimiento injusto, procede que el comisario se resarza de los mismos. Podemos citar por analogía la doctrina sobre los albaceas, para la que tienen derecho al reembolso del importe de los gastos de la ejecución cuyo pago hayan avanzado, así como a la

[1839] PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, vol. I*, obra cit., pp. 456. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Sucesiones*, obra cit., pp. 411. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 365.

[1840] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-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.

[1841] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 366.

[1842] Ibídem.

indemnidad por los perjuicios que hayan podido padecer en el ejercicio del cargo[1843]. La regla se deduce por analogía del mandato (arts. 1728.11 y 1729 CC) y es común a cualquier actividad de gestión de intereses ajenos, inclusive aquélla sin mandato (art. 1893 CC), lo que debe incluir al administrador no comisario y al comisario administrador. Una clara excepción, no obstante, será el caso del comisario-usufructuario, quien debe pagar de su peculio los gastos de la herencia en general tal y como detallan los art. 21.1.c) y 41.3 LDCV.

**7. Es un cargo voluntario y renunciable.**

Así se deduce de los art. 36.2 y 45.5 LDCV. Siguiendo las críticas de CELAYA IBARRA y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1844], quienes denunciaron que la Ley 3/1992 para el comisario, al contrario que el Código civil para el albaceazgo, no previó un plazo o trámite de aceptación o renuncia del comisario, ahora dicho art. 45.5º LDCV establece que "Se entenderá que el comisario renuncia cuando, requerido judicialmente para ello, no acepta la designación en el plazo de sesenta días".

Pero mientras el comisario no acepte expresamente o no se comporte como tal se plantea si se entiende que está o no en ejercicio de su cargo. Según ASÚA GONZÁLEZ[1845] la aceptación tácita no ha de ser el mero silencio ante el conocimiento de la designación, mero silencio que determinaría su falta de aceptación.

En mi opinión[1846], del juego de la *interpellatio in iure* de dicho art. 45.5 LDCV que determina que el cargo del comisario se extingue por la renuncia expresa, y del art. 34.1 del mismo texto legal, que le obliga a realizar un inventario en el plazo de seis meses desde que, fallecido el causante, conozca su designación al efecto, se deduce que su cargo está vigente desde el fallecimiento del causante hasta que se extinga. Ello, sin perjuicio de que siempre puede aceptar o repudiar expresamente o tenerlo por repudiado previo el requerimiento judicial antedicho. Por otra parte, la normativa fiscal le obliga a la presentación de las declaraciones formales bajo pena de sanciones salvo que haya renunciado[1847], con lo que también por esta razón de *interpretación auténtica por el legislador* parece que el cargo está en funciones desde la muerte del causante mientras no sea renunciado.

---

[1843] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 364. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Sucesiones*, obra cit., pp. 410. FERRER I RIBA, Josep, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, volumen I, obra cit., pp. 723.

[1844] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 182 y 201. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 167.

[1845] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 367.

[1846] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74.

[1847] P.ej. de fallecimiento (art. 66.3 Norma Foral de Bizkaia 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) y de inventario de los bienes hereditarios (art. 74), bajo sanciones por faltas a dichos deberes formales (art. 78.3-a)

**8. Cargo temporal, salvo si el comisario es el viudo/pareja de hecho, en cuyo caso puede ser indefinido o por los años que viviere.**

Parece obvio que, siendo la sucesión por comisario una excepción a la delación de la herencia inmediata a la muerte del causante (art. 17.2 LDCV), ese lapso no puede durar indefinidamente, sino sólo en la medida de lo preciso para que el comisario elija el sucesor óptimo. La única excepción sería que el comisario fuera el viudo, en cuyo caso el suyo es el interés a prioritario a proteger, lo que justifica la duración vitalicia de su cargo (cfr. art. 32.3, 41.1 y 45, ap.1 y 2 LDCV) [1848].

En Derecho interregional español los delegados para ordenar la sucesión suelen tener un plazo dejado generalmente a la voluntad del causante, y en su defecto uno legal, normalmente vitalicio si el fiduciario es el viudo, mayoritariamente sin posibilidad de prórrogas ni acortamientos.

En Mallorca y Menorca hay unanimidad en la doctrina[1849] en que del art. 19 CDCBaleares se deduce que tanto el encargo de elección como el de distribución son de duración vitalicia, salvo que el ordenante hubiera dispuesto otra cosa. En Ibiza y Formentera según los mismos autores[1850], como la Compilación calla sobre plazos, hay que entender también una duración vitalicia de la fiducia, salvo disposición en contrario. En Cataluña la fiducia individual se sobreentiende que es indefinida por toda la vida del fiduciario[1851], mientras que en la colectiva, en defecto de plazo que fije el causante pasados los cuatro años siguientes a su muerte cualquier interesado en la sucesión puede requerir a los parientes para que la efectúen en los seis meses siguientes al requerimiento. Al contrario, los parientes, previa alegación de causa justificada pueden solicitar de la autoridad judicial una prórroga del plazo (arr. 424-9 CCCataluña). Lo que no cabe -STSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 22-10-1991- es que los legitimarios o acreedores pidan el señalamiento de un plazo al fiduciario en el que deba ejercer su encargo. El art. 199 LDCGalicia establece una institución vitalicia en defecto del plazo que libremente señale el causante[1852]. En Navarra MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO y CÁMARA LAPUENTE[1853] destacan que al fiduciario-comisario no se le establece

[1848] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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.

[1849] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 366. 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*. Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 874.

[1850] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 373. 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*. Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 853.

[1851] PUIG BLANES, Francisco de Paula,"Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias", en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, obra cit., pp. 148. PUIG FERRIOL, Luis, "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 280, entiende que no cabe recurrir a señalar plazo al fiduciario individual, como sí cabe a los fiduciarios colectivos, pero si se demora excesivamente entiende cabe recurrir a la doctrina del fraude de ley.

[1852] 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. 153; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 611.

[1853] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 56. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 871.

plazo alguno para la ejecución. Por el contrario NANCLARES VALLE[1854] entiende que a falta de plazo concreto establecido, la remisión de la ley 285 a la ley 144 obliga al fiduciario-comisario a tomar la decisión "en el plazo más breve posible. Se pregunta CÁMARA LAPUENTE[1855] si los interesados podrían solicitar al juez que el fiduciario-comisario ejercitase sus funciones electoras y entiende que no, salvo supuestos manifiestos en que la elección ya debía haberse efectuado, en virtud de la tradicional libertad civil y la analogía con lo dispuesto en la ley 297 CDCFNavarra. Y admite la prórroga concedida por unanimidad de los presuntos llamados. En Derecho común el art. 831.1 CC el plazo será el señalado por el testador (vitalicio si se autoriza el ejercicio de la fiducia en el propio testamento del fiduciario) y en su defecto será de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes"[1856].

Sólo en la legislación de Aragón (art. 444 y 445 CDFAragón) existe la acción de reducción judicial del plazo a instancia de cualquier interesado, posibilidad que no existe cuando el único fiduciario fuera el cónyuge viudo (art. 447 CDFAragón). Y, al contrario, cabe que el fiduciario solicite judicialmente su prórroga, mediando justa causa, por hasta un máximo de dos años (art. 446 CDFAragón).

La situación de interinidad que impide a los sucesores adquirir los bienes de la sucesión sujeta a Derecho civil vasco hasta que sean instituidos (art. 17.2 LDCV) no puede ser eterna, como hemos dicho, de ahí que la LDCV arbitre tres medidas contra el perjuicio excesivo que pueda causar dicha interinidad: 1.- La concreción de plazo en el poder testatorio (art. 41. 1 LDCV) y en su defecto un plazo supletorio (art. 41.2); 2.- la extinción del poder testatorio por transcurso del plazo de caducidad (art. 45.1 LDCV); y 3.- el novedoso art. 32.3 LDCV sobre prevención de decisiones del comisario tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes. Pasemos a analizar dichas medidas.

*8.1. La concreción voluntaria o legal del plazo de ejercicio del poder y la imposibilidad de prórrogas ni solicitudes de acortamiento.* CELAYA IBARRA y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1857] que el *Fuero Viejo* de Bizkaia no establecía plazo

[1854] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 879 y 882.
[1855] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 883.
[1856] Entienden los autores que el testador no tiene límite alguno para fijar el plazo más que el del pago de la legítima estricta lo que han confirmado las SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015 y la STS, Sala 1ª, 24-05-2019. Así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1147 y 1149; HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 2489; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1621; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 88; CÁMARA LAPUENTE, Sergio *Código civil comentado*, Vol. II, obra cit., pp. 939. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra citada, pp. 255, apunta la posibilidad de imponer un plazo durante el cuál no se pueda ejecutar la fiducia que entiende con fundamento en el art. 1057 CC y por analogía con el 440 CC, que no podrá exceder de diez años. RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en, *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º*, obra cit., pp. 1352, al contrario entiende extender la indivisión conforme ordena el art. 1051.2º CC, plazo indefinido tácito, como el de por toda la vida del fiduciario que puede tener lugar si se le faculta para disponer por testamento, es usufructuario vitalicio.
[1857] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 189 y 190. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 175.

para que el comisario ordenara la sucesión, aunque sí lo hizo el *Fuero Nuevo* pero con carácter meramente dispositivo, como en las Leyes de Toro. En consecuencia, la jurisprudencia en el siglo XIX admitió la licitud de la cláusula por la que el causante concedía una prórroga del poder testatorio conferido a su cónyuge por toda la vida de éste e incluso que la misma era de tácita concesión. Sin embargo el art. 19 Compilación fue interpretado por la STS de 29-04-1964 de modo que ésta no admitió tal prórroga indefinida y tácita a favor del viudo.

Esa sentencia contraria a la tradición fue la razón de que la D.T.2ª de la Ley 3/1992 otorgara retroactivamente a los poderes entre cónyuges otorgados antes de su entrada en vigor la prolongación de su plazo de duración por toda la vida del comisario viudo. La licitud de esta norma transitoria fue ratificada por la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 03-10-1991, confirmada por la STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 30-12-1991 y toda la jurisprudencia mayor y menor posterior (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, 16-111993 y de 26-06-1997) y la D.Tª.4ª de la actual LDCV, sin que conforme a la STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 23-01-2001 con ello se vulnere el principio de irretroactividad de las leyes[1858]. Aclara la STSJ del País Vasco de 22-06-1999 que dicha D.Tª.2ª LDCV "se refiere a poderes testatorios que hayan de ser utilizados a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, pero no cuando se trata de poderes testatorios que ya quedaron extinguidos con anterioridad o que fueron declarados nulos o ineficaces".

8.1.1. El testador no tiene límite alguno para señalar plazo. Se avanzó por la doctrina que un plazo excesivo para el ejercicio del poder testatorio era perjudicial para los derechos de los legitimarios en expectativa. CELAYA IBARRA[1859] insinuó una limitación del plazo máximo a los 30 años señalados por el CC en materia de prescripción. Discrepa GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1860] para quien no hay apoyo legal para defender la sujeción de la voluntad del causante de hacer la durar la sucesión por comisario a un límite temporal, si bien entendía que parece aconsejable fijar los plazos con prudencia y teniendo presente que el señalamiento del plazo no puede servir nunca para convertir en irrisorias las expectativas hereditarias de los llamados a suceder al comitente. También ARZANEGUI SARRICOLEA y ASÚA GONZÁLEZ[1861] entienden que el comisario viudo puede ser nombrado por tiempo indefinido. Pero para el comisario que no lo es no existe razón válida para dilatar en el tiempo las funciones del comisario no-cónyuge con el propósito de favorecer sus conveniencias personales. Por el contrario, el único interés racionalmente atendible según dichos autores es el de los presuntos sucesores, de modo que la duración del plazo para ejercitar el poder testatorio solamente debe quedar justificada atendiendo a este exclusivo interés. Compartí y comparto dicha opinión[1862].

Sin embargo, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 ha entendido es legal el poder testatorio conferido por un plazo de 30 años añadidos al legal de uno habiendo un

---

[1858] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 190.
[1859] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 772.
[1860] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 176.
[1861] ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián. "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. pp 126. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374.
[1862] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 173.

único hijo y no lo considera desheredación de facto ni fraude de ley, pese a que dicho hijo tuvo conflictos con el causante por defender a su madre contra éste y, asismo conflictos con el comisario, en relación a la herencia y fuera de ella. Se funda en que así lo quiso el causante. También lo entendió así la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005[1863] e implícitamente también se deduce el mismo pensamiento de la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 01-07-2004[1864].

*8.2. La extinción del poder testatorio por transcurso del plazo de caducidad.* Ha de destacarse que la normativa de Aragón es la única donde el transcurso del plazo es causa de pérdida de la condición de fiduciario (art. 462 CDFAragón) y no de la extinción de la fiducia (art. 463 CDFAragón). En la LDCV, pueden existir comisarios simultáneos o sucesivos, pero todos están sujetos a la perentoriedad del plazo de caducidad de la institución.

Es lugar común en la doctrina que el plazo es de caducidad[1865], lo que también señala la jurisprudencia, STS, Sala 1ª, de 02-07-1969, 10-10-1977 específicamente respecto del poder testatorio, citada esta última por la STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 22-06-1999, lo que engarza con la caducidad y automatismo que para el plazo del albacea (art. 910 CC) establece la jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 02-12-1991 y 20-02-1993)[1866].

Y "la caducidad del poder testatorio lleva consigo la nulidad radical y absoluta –a causa de inexistencia por falta de consentimiento- de los actos jurídicos reflejados en las escrituras en que el comisario hizo uso del poder carente ya de toda virtualidad" (STS, Sala 1ª, de 02-07-1969)". En el mismo sentido CELAYA IBARRA y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, opinión que comparto plenamente[1867].

---

[1863] "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".

[1864] "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"

[1865] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 192. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 177. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 78. "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374.

[1866] FERNÁNDEZ DE BILBAO, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 189 y 190. Sobre la fiducia aragonesa, la SAP de Huesca, sec. 1ª, de 16-06-2008.

[1867] CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 192. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 177. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Sección cuarta de la sucesión por comisario

*8.3. Prevención de decisiones del comisario tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes.* Dispone el novedoso art. 32.3 LDCV que "3. Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes". Luego lo veremos con más detalle.

## II. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES.

Frente a la prohibición total del art. 670 CC, la LDCV no sólo prevé como delegación de la facultad de ordenar la sucesión el poder testatorio. También existen otras figuras que suponen de manera más o menos limitada la concesión a un tercero de la facultad de disponer mortis causa los bienes y eso vamos a analizar en este apartado.

### 1. Las sustituciones pupilar y ejemplar y la sucesión por comisario.

Previstas en los art. 775 y 776 CC, no siendo específicas del Derecho Civil Vasco, no tienen mayor interés a efectos del presente estudio pero la doctrina y jurisprudencia entienden que se trata de un poder *ex lege* otorgado a los ascendientes sobre la herencia de los descendientes menores o incapacitados[1868]. La Ley 8/2021 ha derogado la sustitución pupilar, reforzando en consecuencia a la doctrina que entendían que tanto ésta como la sustitución ejemplar son supuestos de representación atribuída por ministerio de la ley al ascendiente ordenante sobre la herencia ordenada del descendiente.

---

(artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 78.

[1868] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*, obra cit., pp.35) y la STS, Sala 1ª, de 07-11-2008 (Ponente GULLÓN BALLESTEROS) apuntan que ha habido debate en considerar si ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz. En la segunda concepción no hay delegación alguna en la ordenación de la sucesión, puesto que el ascendiente sustituyente u ordenante, regula la suya propia, el destino de sus propios bienes, siempre para el caso que el sustituido le sobreviva. Y esta segunda opción es la sostenida por el resto de la Doctrina, particularmente LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 362 y la RDGRN de 06-02-2003. El primero de los supuestos, defendido por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2, obra cit., pp. 52) y la jurisprudencia ejemplificada por la citada STS, Sala 1ª, de 07-11-2008 y la STS, Sala 1ª, de 14-04-2011 (Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ), LLEDÓ YAGÜE, Francisco,*Derecho de sucesiones*, Vol. II, parte 2ª, Deusto 1991, pp. 662 y la RDGRN de 10-05-2018, sí que asemejaría la figura a la sucesión por comisario, en cuanto que el ascendiente testa por el descendiente como declarada excepción al art. 670 CC. Concluye para tal supuesto ASÚA GONZÁLEZ (obra cit., pp. 40) que "implicaría el juego de la representación"; en este caso, evidentemente, legal puesto que es la ley, y no la voluntad del representado, la que actúa como mecanismo legitimador y constituye un fenómeno de sustitución de la voluntad del interesado por no ser ésta apta para actuar válidamente en el tráfico jurídico. Concebida así la institución, sí puede hablarse propiamente de testar por otro y, por tanto, de quiebra del personalismo formal". Ciertamente es la posición de PUIG FERRIOL, Luis "Capítol XI. Disposicions fiduciaries", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 1561): "Puede definirse como la facultad de testar, de origen legal, que permite al titular de la potestad paterna o materna que, en nombre propio y en interés del hijo impúber, disponga mortis causa de su patrimonio" o, pp. 163 "el testamento otorgado en nombre propio por el ascendiente en interés del descendiente legitimario incapaz para testar como consecuencia de haber sido judicialmente incapacitado".

Entiendo que estas sustituciones pupilar y ejemplar y su similitud con la ordenación de la sucesión por tercero han sido suficientemente estudiadas en el apartado relativo a la fiducia sucesoria del art. 831 CC y al mismo nos remitimos.

**2. La sustitución fideicomisaria y la sucesión por comisario.**

Regulara en el art. 781 CC no supone fenómeno representativo alguno[1869], salvo en cuanto al fideicomiso de elección, cuya aplicación es rechazada en general en Derecho común[1870], pero tendrá claras analogías con las facultades de ordenación sucesoria del reservista sobre los bienes sujetos a reserva hereditaria.

Igualmente estimo que estas dichas figuradas jurídicas y su similitud con la ordenación de la sucesión por tercero han sido suficientemente estudiadas en el apartado relativo a la fiducia sucesoria en Derecho Civil Común y al mismo nos remitimos.

**3. La donación-partición entre vivos otorgada mediante apoderado y la sucesión por comisario.**

Encontramos su admisión en el art. 59.2 LDCV. Según la recensión por ROCA-SASTRE[1871] de la doctrina francesa, la donación-partición es un negocio jurídico complejo que tieen el carácter de donación en relación al padre y departición en relación a los hijos y enerva las futuras acciones en defensa de la legítima pues la ley autoriza a renunciar anticipadamente tal acción al permitir que el ascendiente haga la partición de todos sus bienes, incluso los de la porción de reserva o legitimaria (cfr. arts. 1.076-1.078 Código civil de Francia).

---

[1869] La sustitución fideicomisaria se parece a la sucesión delegada por el tenor literal del art. 781 CC ("Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador"), que sugiere ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2, obra cit pp. 146, un mandato o encargo a un fiduciario o intermediario para que después lo transmita a un tercero, unido al hecho de que este adquiere del causante, no del primero (art. 784 CC). La diferencia obvia es porque el fiduciario es también un verdadero sucesor del causante propietario (art. 784 y 785-1º CC).

[1870] Tal y como explica ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2, obra cit., pp. 154, del art. 670 CC se desprende que no podrá el heredero fiduciario determinar la persona del fideicomisario ni tampoco podrá hacer tal designación un tercero ajeno a la herencia fideicomitida. Sólo ROCA SASTRE, Ramón María (*Estudios sobre sucesiones*. Madrid, Instituto de España, 1981. Vol. II. pág. 36) cree que cabe conferir al fiduciario la designación de la persona de los fideicomisarios entre un grupo determinado de personas pues el Código civil prohíbe que quede reservado el fideicomisario o destinatario definitivo, pues no se permiten los herederos de confianza (art. 785.4º CC). ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis (*Derecho de sucesiones*, Tomo I. obra cit., pp. 442) entiende que el fideicomiso con facultad de disposición mortis causa no es siquiera una sustitución fideicomisaria. El art. 426-11 CSCataluña y la ley 236 CDCFNavarra permiten el fideicomiso de elección.

[1871] ROCA SASTRE, Ramón-María. *Estudios de Derecho privado, Tomo II, sucesiones*. Aranzadi, Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2009. ISBN 978-84-9903-172-9, pp. 441.

Bajo Derecho Civil Común de España parte de la doctrina[1872] entendió que los art. 10256, pfo. 2º y 1271, pfo.2º CC permiten dicha *donation-partage* del Código civil francés, al decir respectivamente "El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos" y "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea participar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056".

No obstante, esta institución, similar en cierto modo a un pacto sucesorio, ha sido rechazada por la doctrina[1873] y la jurisprudencia[1874] posteriores sobre Derecho Civil Común pero ha revivido, con gran fuerza, a propósito de la fiducia sucesoria del art. 831 CC, en su redacción anterior a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre. Precisamente en dicho año, a través de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa se modificó el párrafo segundo del art. 1271 CC en los siguientes términos: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que

[1872] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. "Efectos de la partición «inter vivos» que regula el artículo 1056 del Código civil", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 3, marzo de 1952, pp. 338 y ss. MARÍN LÁZARO, Rafael. "La partición de la herencia hecha por actos «inter vivos»", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 2, septiembre de 1944, pp. 224: una figura que tiene un carácter híbrido entre la donación y la partición, de modo que el causante se desprende de todo o parte de sus bienes en vida de forma irrevocable a través de la figura de la donación, y los beneficiarios de tal donación son donatarios únicamente hasta la muerte del causante.

[1873] Critican esta postura todos aquéllos que entienden que el art. 1056 CC precisa un previo o posterior testamento (o declaración de herederos abintestato) de que la partición traiga origen y por tanto, la partición, como la ordenación de la sucesión de la que aquélla es accesoria es esencialmente revocable. La partición por actos entre vivos simplemente sería una manifestación de su libertad de forma. Así LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 171, afirma que la distribución de los bienes de una persona, durante su vida, entre aquellas a las que desea favorecer, no equivale, a falta de testamento, a una partición de herencia y ello aunque estas otras sean presuntamente herederos suyos. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen V. Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, obra cit. pp. 586 y 587, afirman que cuando las liberalidades entre vivos agoten el patrimonio del causante, habrá donación, pero no herencia ni partición. Coinciden con VALLET DE GOYTISOLO, Juan *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XIV, Vol. 2º, obra cit., pp. 130 y 131, quien añade que ni la distribución entre vivos del caudal actual del donante, realizada a través de actos inter vivos, o bien por una serie de donaciones mortis causa que agotan la herencia, al dejarla previamente distribuida implica la atribución de la cualidad de herederos a los donatarios; ni excluye que puedan existir otros herederos que no reciban activo pero admite este precepto sobre la partición como modalidad de la sucesión contractual, entre padre e hijos y tan sólo en el acotado ámbito de las mejoras y promesas de mejorar y no mejorar. ROCA SASTRE, Ramón-María. *Estudios de Derecho privado, Tomo II, sucesiones*, obra cit., pp. 442, también contra la admisión de la donación partición en derecho civil común español.

[1874] La posición contraria a la admisión de la donación partición en Derecho civil común la resume, GARCÍA RUBIO, María-Paz, "*Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 1270, desde STS de 06-03-1945, de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS (asimismo las STS de 29-10-1960, 23-02-1999 y 16-03-2001) la jurisprudencia coincide en que la partición por el testador un acto unilateral e irrevocable, aun cuando concurran los favorecidos, de suerte que la utilización de la expresión inter vivos refiere a que la partición puede formalizarse fuera de testamento. Y tampoco será pacto sucesorio la donación inter vivos realizada por el causante y condicionada a su fallecimiento según LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 383. LETE ACHIRICA, Javier. "Comunidad hereditaria y partición", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 2566 comenta la STS, Sala 1ª, de 23-02-1999 la partición estará situación de pendencia hasta el fallecimiento de la causante, por tanto siempre amenazada de un cambio de voluntad del titular patrimonial y que sólo se consolidará definitivamente cuando sobrevenga su muerte.

aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056", esta última expresión "otras disposiciones particionales, engarzan con el art. 831.1 CC ("adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones")[1875]. Es lo que el art. 200.1 LDCGalicia denomina "acto particional inter vivos, total o parcial" y podría dar a entender la admisión de la donación partición en Derecho civil común.

Pues bien, como donación-partición en Derecho civil vasco ha de ser calificado el negocio jurídico cuya legalidad fue convalidada por la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-04-2020, una donación entre vivos de un bien singular con apartamiento de los demás legitimarios sobre el mismo efectuada por un apoderado del donante. La citada resolución judicial resolvió que concedido un poder notarial para donar, la facultad de apartar a los legitimarios no favorecidos por la misma va implícita en el texto de los art. 58 y 59.2 LDCV[1876] y, en definitiva a su tenor y la jurisprudencia que interpretó su equivalente antiguo art. 62 Ley 3/1992 el apartamiento es una operación particional que enerva la computación y colación de las atribuciones a los legitimarios en la cuenta de la herencia y no propiamente una disposición testamentaria y por ende no personalísima, susceptible de realizarse mediante poder. Reproduciendo lo antes dicho sobre la donación-partición, la operación que comentamos es partición para el causante porque reparte la legítima y adjudica una parte de a favor del donatario con exclusión del resto de los legitimarios pero es una mera donación para los hijos.

Entiendo que GALICIA AIZPURUA[1877] alude a este negocio jurídico como uno que pueda usar el comisario ("por vía particional, de institución ex *re certa* o de legado"). De las palabras de ASÚA GONZÁLEZ[1878] la deduzco asimismo abierta a admitir dicho negocio pues, en el ejercicio del poder testatorio, defiende la existencia de un "acto unilateral inter vivos" de transferencia de la propiedad de los bienes a título de sucesión que no sería la donación ni pacto sucesorio, sino el previsto en el texto del art. 43.1 LDCV (art. 46 Ley 3/1992): "El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por acto inter vivos o mortis causa en testamento ante notario o por pacto sucesorio, a título universal o singular". También IMAZ ZUBIAUR[1879] parece abrir la posibilidad de admitir la donación-partición como ordenador de la sucesión por comisario porque según ella la donación o el pacto sucesorio otorgados por el comisario en ejercicio del

[1875] En general se opina que dicha reforma no ha cambiado la prohibición de pactos sucesorios en Derecho común y que lo que permite son protocolos familiares. Así, RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José. *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 2769-2770; GARCÍA RUBIO, María-Paz, "Pactos sucesorios en el Código civil y en la Ley de Derecho de Galicia", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 1270. Por el contrario, se postula a favor de la donación partición irrevocable, GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel "Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código civil algunas aplicaciones", obra cit., pp. 2026.

[1876] Art. 58 LDCV: "Para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor (…) Al valor líquido se le adicionará el de las donaciones computables entendiendo por tales todas aquellas en las que no medie apartamiento expreso o se efectúe a favor de quien no sea sucesor forzoso". Art. 59.2 LDCV "Las donaciones a favor de legitimarios sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso".

[1877] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 304.

[1878] "ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.

[1879] IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 327 y 328.

poder testatorio, más que propiamente negocios bilaterales son actos unilaterales, a ser aceptados posteriormente por los sucesores, como meros requisitos de eficacia, no de validez, que debería plasmarse simplemente en escritura pública e invoca al efecto el art. 170 Ley 3/1992 (hoy art. 43.1 LDCV).

**4. El pacto sucesorio otorgado mediante apoderado y la sucesión por comisario.**

Los pactos sucesorios se regulan en los art. 100 y ss. LDCV. La generalidad de las legislaciones civiles forales o especiales españolas prohíbe tal posibilidad, tal es el caso del art. 379 CDFAragón[1880]. O bien el delegado no es más que un mero "*nuntius*" (art. 73 y ss. CDCBaleares[1881], art. 431-7.3 CCCataluña[1882], art. 212 LDCGalicia[1883] y el

[1880] En contra, BAYOD LÓPEZ, Carmen, "Capítulos matrimoniales e instituciones familiares consuetudinarias", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 1329, para quien "Por su puesto que el carácter personalísimo de los pactos sucesorios no excluye la fiducia (arts. 384 y 461 CDFA)".

[1881] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 560 sobre la donación universal de bienes presentes y futuros, el pacto sucesorio por excelencia en Mallorca y Menorca (art. 8 y ss. CDCBaleares), afirma: "El art. 12 admite la representación por poder especial. Pilar Ferrer señaló que "no es suficiente un poder general, donde se legitime al representante a otorgar donación, sino que requiere un poder especifico para la donación universal. Tendríamos que entender que este poder especial debería contener los términos y pactos a estipular en el otorgamiento de la donación, ya que, el efecto ex lege de la donación universal es el de heredero." Esta es también nuestra opinión. No puede otorgarse donación universal, como donante-heredante, por poder, a menos que se trate de un poder especialísimo en que el apoderado actúe como un mero nuntius, al menos en lo referido a la persona del donatario y las distintas categorías de bienes (reservados, excluidos, futuros) y el ámbito dispositivo que el donante se reserva sobre cada una. No es suficiente un poder que faculte para otorgar escritura de donación universal, sin precisar los detalles. La institución de heredero exige esta especialidad. En cualquier caso, la actuación personal del donante siempre será lo más recomendable". Y sobre los pactos sucesorios en Ibiza y Formentera afirma el mismo autor, obra cit., pp. 615 "¿Pueden otorgarse por poder? La Compilación guarda silencio. Creemos que son aplicables los mismos criterios que hemos mantenido para la donación universal del Derecho de Mallorca-Menorca. La Compilación de 1961 disponía en su art. 70, referido a los heredamientos: "Podrán otorgarse personalmente o por medio de apoderado con poder especialísimo para ello." Creemos que es lo mismo que debe mantenerse hoy. Por poder especialísimo entendemos un mero nuntius. Curiosamente, la Compilación de 1961 no contenía una regla similar en el Derecho de Mallorca".

[1882] DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. "Capítulo 34. Pactos sucesorios en Cataluña", en María-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. 1370: "En otro orden de cosas, el otorgamiento de un pacto sucesorio es un acto personalísimo para aquellos otorgantes que sean causantes en la sucesión futura, por lo que no pueden actuar por representación. Por el contrario, aquéllos que no lo sean pueden actuar mediante representante con poder especial en el acto de otorgamiento de la escritura pública que, como requisito de validez, da lugar al pacto sucesorio (art. 431-7.3 CCCat)". También ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento Experto Civil Cataluña*, obra cit., pp. 2016, pp. 628. Y PUIG FERRIOL, Luis. "Capítol XXI. Els pactes sucesories", en Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 444 y 445 defiende lo mismo y reduce al carácter de *nuntius* al representante del instituido. Una posición más permisiva es la mantenida por PUIG BLANES, Francisco de Paula. "Libro cuarto, Tit. III. Sucesión contractual y donaciones por causa de muerte", en Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña,* Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-470-3812-1, pp. 326: "Se excluye la posibilidad de interrelacionar la intervención de un tercero más que con autorización expresa y con manifestación del contenido de su voluntad en el poder especial que debe haber sido otorgado con anterioridad. En tal sentido, se relaciona con lo dispuesto en el articulo 1259 del Código Civil y con la teoría de la representación directa, propia e inmediata del articulo 1725 del Código Civil".

[1883] Art. 212 LDCGalicia: "Será admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio". HERRERO OVIEDO, Margarita. "Pactos sucesorios en el Código civil y en la ley de Derecho de Galicia" , en María-

Derecho civil común, en lo limitadamente que admite los pactos sucesorios[1884]). No está tan claro el ámbito decisorio del representante que permite la ley 173 CDCFNavarra[1885]). Respecto del Derecho civil vasco, existen las siguientes posiciones clásicas.

*4.1. Posición que niega totalmente la posibilidad de otorgar pacto sucesorio mediante representación voluntaria, acaso sólo mediante un mero emisario o "nuntius".*

---

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. 1294, resume el estado de la cuestión en Derecho civil de Galicia: "sobre cuáles son éstos puesto que las interpretaciones posibles son varias. REBOLLEDO VARELA (2008, pp. 219-920) realiza una interpretación amplia de estos elementos esenciales de forma que deja un estrecho ámbito de decisión al apoderado, así para este autor serán elementos esenciales la determinación de los bienes concretos a los que afecta el pacto, si se conservan o no facultades de disposición, supuestos de revocación...). Otra postura es la mantenida por aquellos (ORDÓÑEZ, ARMÁN, et alt., 2007, pp. 369-370) que, basándose en la distinción dogmática entre elementos naturales, esenciales y accidentales, concluye que el contenido del poder quedaría reducido a aquellos elementos no alterables por la voluntad de las partes, (pues son éstos los elementos esenciales), lo que en sede de pactos sucesorios se traduce en la posibilidad de que el apoderado decida sobre aquellos extremos respecto de los cuales el régimen legal tiene carácter dispositivo. LOIS PUENTE (2007, p. 362) sostiene que los elementos esenciales son aquellos que sintetizan el entero negocio (…) En nuestra opinión la posibilidad que ofrece el art. 212 LDCG es, sin duda, una excepción al carácter personalísimo de la facultad de disposición mortis causa; que este carácter personalísimo es el principio general en el ordenamiento gallego se puede deducir del hecho de que los arts. 196-197 LDCG admiten la intervención de un comisario para designar heredero o legatario, pero esta posibilidad tiene carácter muy limitado (sólo podrá ser comisario el cónyuge y para designar hijos o descendientes comunes), lo que demuestra que, a *sensu contrario*, la regla es el carácter personalísimo (a pesar de que no exista ya en la vigente Ley una norma similar al antiguo art. 129 LDCG de 1995 que expresamente señalaba el carácter personalísimo del pacto de mejora). En definitiva, entendemos que si el contenido del art. 212 LDCG tiene carácter excepcional, la interpretación que se haga de la expresión «elementos esenciales», ha de ser tomada en un sentido amplio haciendo así el ámbito de la excepción mínimo.

[1884] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 385: Le da carácter personalísimo y aunque reconocen que las STS de 30-05-1978 y 24-01-1975 declararon la validez de un pacto sucesorio en escritura pública de adopción en el que el adoptante obró por medio de representante y con facultades para instituir heredero al adoptado, entiende que tal es el carácter de un *nuntius*.

[1885] Ley 173 CDCFNavarra: "Carácter personalísimo. Delegación. El otorgamiento del pacto sucesorio es acto personalísimo. No obstante, puede delegarse en otra persona su formalización, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad". Para LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. "Pactos sucesorios en Navarra", en María-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. 1452: "No se trata, como parece deducirse de la literalidad del precepto, que la regla general la insustituibilidad de la voluntad seguido de una excepción, según la cual se podría delegar en otra persona el otorgamiento siempre que se exija un poder especial por razón de la materia, permitiéndose la posibilidad de otorgarse poderes generales y continuados para un tipo de pacto sucesorio determinado: La inclusión del adverbio «esencialmente» en la permisión delegatoria prevista en este precepto ha de interpretarse en el sentido de que el poder debe ser esencial para cada caso y ocasión concreta, relativa a la personalidad del otro contratante, a los bienes o derechos que constituyan su objeto y a la circunstancia de que éstos sean o no transmitidos *in actu*. Por tanto, el apoderado será más un simple nuncio en la generalidad de casos que un representante o apoderado, en cuanto se limita a ser mero transmisor de una voluntad así manifestada en todos estos extremos, si bien, en otros, la posibilidad de cubrir extremos no esenciales que no estén previstos en el instrumento delegatorio lleva a parte de la doctrina (MEZQUITA «comentarios», pp. 531-532) a sostener la existencia de un verdadero apoderamiento voluntario en estos casos que, en todo caso, debería realizarse formalmente en escritura pública, en cuanto verdadero acto predispositivo del pacto sucesorio que el delegado ha de otorgar en nombre del delegante y que, según la ley 174 FN, debe constar en esta forma como requisito solemne". Por contra, según IMAZ ZUBIAUR ZUBIARU, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 312, se trata de un mero *nuntius*.

El nuntius se limita a transmitir la voluntad del poderdante. Es la opinión de IMAZ ZUBIAUR[1886] por analogía con la normativa foral de Aragón y de Navarra, fundados en el carácter personalísimo del acto, que también defiende en los mismos términos CÁMARA LAPUENTE[1887]. Sin embargo CELAYA IBARRA aunque inicialmente se incline por sólo la excepción del mensajero o *nuntius*[1888], páginas después, implícitamente admite que el comisario foral puede ejercer su cargo a través de un pacto sucesorio.

*4.2. Tesis para la que cabe otorgamiento de pacto sucesorio a través de comisario foral.*

MONASTERIO AZPIRI[1889] aunque comienza diciendo que el pacto sucesorio en Bizkaia no tiene el carácter personalísimo que presenta en otras regiones, reduce la posibilidad de otorgamiento por un tercero en representación del instituyente al pacto sucesorio en ejercicio del poder testatorio. Esta opinión no ofrece hoy en día duda conforme al art. 43.1 LDCV[1890].

*4.3. Planteamiento según el cual cabe el otorgamiento de pactos sucesorios a través de poder testatorio y también por apoderado voluntario.*

OÑATE CUADROS[1891] admite que a los pactos con eficacia de presente sobre bienes concretos les sea aplicable por analogía la normativa sobre actos intervivos a título gratuito, luego estos últimos podrán otorgarse vía poder especial. Sin embargo, en opinión de dicho autor los pactos de institución de sucesor a título universal sólo admitirían la figura del delegado o nuntius, por el principio general de actuación personal del causante. En todo caso, según el mismo, cabría la ratificación por el instituyente de lo así actuado conforme al art. 1259.2 CC, a falta de prohibición expresa como sí sucede en Aragón.

Por nuestra parte, entendemos[1892] que, cabe otorgar pacto sucesorio por representación voluntaria, como en todo contrato, siempre que el poderdante haya conferido facultades expresas al efecto, tanto si el poder es ejercitado en vida del causante, como lo otorga su comisario tras su fallecimiento, pues la libertad civil (art. 4 LDCV) frente a la falta de prohibición al efecto o de calificarse legalmente al pacto sucesorio acto personalísimo así lo autorizan (art. 33.1 LDCV y art.1259 CC).

---

[1886] IMAZ ZUBIAUR ZUBIARU, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 313 y 314.
[1887] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXXVII, Vol. 2º, obra cit., pp. 333.
[1888] CELAYA IBARRA, Adrián*, Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 136 y 201.
[1889] MONASTERIO AZPIRI, Icíar. "Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 3/1992", en *Derecho Civil Foral Vasco*. CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 192.
[1890] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 416. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 375.
[1891] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit. pp. 792.
[1892] FERNÁNDEZ DE BILBAO. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 187, 188, 208 y 209.

Además entiendo que la citada SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-04-2020 da respuesta positiva a la posibilidad de otorgar un pacto sucesorio por medio de apoderado, por los siguientes motivos: a) Resuelve que en los poderes para enajenar bienes por donación hayan de especificar de forma concreta los bienes sobre lo que el apoderado para disponer puede actuar[1893], lo que excluye la intervención en un pacto sólo pueda ser encomendada a un mero "nuntius". b) La cláusula de apartamiento otorgada por poder es válida, sin incurrir extralimitación de facultades ni abuso de derecho y va implícita en el ap. 2 del art. 59 LDCV ("Las donaciones a favor de legitimarios sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso), y también se lee en el ap. 4 del mismo precepto ("La falta de apartamiento expreso de los demás legitimarios en las disposiciones sucesorias efectuadas a favor de alguno de ellos determinará la colación de dichas disposiciones"). c) El principio de libertad civil (art. 4 LDCV) debe permitir otorgar el pacto sucesorio por poder pues no hay prohibición al efecto, pues es ningún precepto se dice que dichos pactos sucesorios sean de carácter personalísimo.

Que los pactos sucesorios se entiendan como actos de naturaleza personalísima pese a que la ley no los describa así sólo puede entenderse por una indebida extensión analógica a los mismos de la norma testamentaria del art. 670 CC, de la cual el comisario foral es precisamente, obvia excepción. Porque cuando el Derecho civil vasco se remite a las "formas de testar" del Derecho común (art. 22 LDCV), se está refiriendo a las formalidades extrínsecas (cfr. art. 11 CC), no se remite a todos y cada uno de sus requisitos, también los de fondo.

**5. La disposición/elección de los derechos del instituido por pacto sucesorio mortis causa muerto abintestato, que efectúa el instituyente entre los hijos y descendientes de aquél.**

Viene prevista en el art. 106 LDCV que dispone "En la institución sucesoria con eficacia post mortem el instituido podrá, incluso en vida del instituyente, disponer de su derecho a título gratuito, por actos inter vivos o mortis causa, a favor de sus hijos y descendientes. En el caso de que premuera al instituyente, el derecho del instituido se transmite a sus descendientes. Si existen varios hijos o descendientes sucesores del instituido premuerto abintestato, el instituyente puede escoger a uno o varios de aquéllos mediante testamento, pacto u otro título sucesorio".

Ciertamente, podríamos hablar de un derecho de representación en el sentido del art. 924 CC[1894], no en el de actuación en nombre de otro, como se ven en el antecedente del art. 109.2 LDCV, art. 176.2º Ley 3/1992: "Se resolverá la designación sucesoria: (…) 2º Por fallecimiento del instituido sin que dejare descendencia o, aun cuando la hubiere dejado, si el instituyente privó a ésta del derecho de representación").

Esta facultad del art. 106 LDCV se fundamenta según IMAZ ZUBIAUR[1895], en que aunque el instituido tiene un derecho eventual que sólo adquirirá firmeza cuando

[1893] Concretamente invocaba la STS, Sala 1ª, de 06-11-2013 y la SAP de León de 20-07-2018.
[1894] Art. 924 y ss. CC: "Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar". Cfr. art. 814 CC.
[1895] IMAZ ZUBIAUR, Leire. "Capítulo XVII. La sucesión paccionada", 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. 355 y 356.

fallezca el instituyente (cfr. art. 105.1 LDCV), dicha eventualidad no es etérea, sino que ya tiene ciertos derechos como limitar las facultades dispositivas del instituyente sobre los bienes objeto del pacto sucesorio (el ap. 2 art. 105 LDCV). El instituido, en suma ya tiene ciertos derechos desde el otorgamiento del pacto sucesorio (MONASTERIO AZPIRI[1896]).

De ahí que IMAZ ZUBIAUR[1897] entienda que el art. 106 LDV configura un "derecho de transmisión" (cfr. art. 1006 CC) expresión hallable en dicho art. 106 LDV, así como en el art. 109.2 LDCV. En el mismo sentido se pronuncia LARRABEITI ASTOREKA[1898] fundándose en que la irrevocabilidad del pacto antes de la muerte del instituyente explica que no sea precisa la postmoriencia del instituido para la transmisión del derecho. Así, según esta autora, el carácter familiar de la institución, que busca la conservación del patrimonio familiar íntegro, justifica que los transmisarios elegidos sean únicamente los hijos y descendientes, y, por lo tanto, su naturaleza jurídica de derecho de transmisión. Se concluye que el art. 106 pfo. 2º LDCV está fundado en la voluntad presunta del instituyente[1899].

Pero la clave a los efectos que nos ocupan es que, como en todo derecho de transmisión, el descendiente del instituido tiene un llamamiento por derecho propio[1900] dado que desde el otorgamiento por este último del pacto sucesorio la sucesión mortis causa objeto del mismo está abierta, y aceptada la delación por el instituido[1901], quedando sólo la adquisición del bien tras la muerte del instituyente. Y sobre dicho derecho del instituido, falleciendo éste abintestato antes que el instituyente, elige este último de entre los hijos y descendientes del primero quienes deberán aceptar su llamamiento (LARRABEITI ASTOREKA[1902]). De ello se deduce una regulación muy similar al primigenio art. 831 CC, la primera, que duró hasta la Ley de 13 de mayo de 1981[1903].

Por lo tanto, dichos hijos y descendientes del instituido en pacto sucesorio por causa de muerte premuerto no son sustitutos de éste, sino sus verdaderos sucesores, pero quien ordena la sucesión es el ascendiente-instituyente, lo que le asemeja a la sucesión ordenada por representante.

---

[1896] MONASTERIO AZPIRI, Itziar, "Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 3/1992", en *Derecho Civil Foral Vasco*, obra cit., pp. 197.

[1897] Ibídem.

[1898] LARRABEITI ASTOREKA, Miren. "Sección segunda de los pactos de institución sucesoria (Artículos 104 a 109)", en Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 159.

[1899] Sobre las teorías acerca del fundamento del derecho de representación véase MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta, "Capítulo 4. Fases de adquisición", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128, pp. 200.

[1900] LARRABEITI ASTOREKA, Miren, "Sección segunda de los pactos de institución sucesoria (Artículos 104 a 109)", 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. 160.

[1901] IMAZ ZUBIAUR y LARRABETI, ibídem.

[1902] Ibídem.

[1903] Art. 831 CC hasta la reforma de 1981: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda, que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado".

### 6. Las facultades del reservista de elegir reservatario.

Ordena el art. 122 LDCV: "Facultades del reservista. El reservista, en todos los casos regulados en este título, podrá designar sucesor entre los reservatarios, en los términos establecidos para la sucesión testada o pacto sucesorio, y no podrá imponer sustituciones y gravámenes sino a favor de ellos.

Como recuerdan CELAYA IBARRA y GOMEZA VILLA[1904], el art. 37 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava (equivalente a la del párrafo primero del art. 86 Ley 3/1992 y hoy inexistente) sobre reserva troncal de bienes comunicados permitía al viudo reservista elegir sucesor entre los descendientes comunes. Libertad de elección del reservista que el art. 90 Ley 3/1992 extendió a todas las reservas hereditarias por la misma reguladas, lo que se corresponde con el principio general de libertad civil (su art. 4), y también armoniza con el art. 972 CC. El art. 122 LDCV es similar al art. 90 Ley 3/1992, con la novedad de inclusión del "*pacto sucesorio*" como forma de suceder en esta reserva (cfr. art. 18 LDCV).

Las reservas del Título II de la LDCV ("De las sucesiones") son las comprendidas en los art. 118, 119 y 120 de dicho texto legal, reserva lineal o troncal, reserva de bienes donados para un matrimonio y reserva vidual, respectivamente. Con carácter general resultan aplicables a la reserva lineal las normas contenidas en la reserva ordinaria (art. 120 LCV y art. 968 CC)[1905], de las que destacamos que durante la fase de pendencia de la reserva, que consiste en cumplirse el evento[1906] de fallecer el reservista dejando reservatarios, dicho reservista tiene el derecho de dominio o propiedad sobre los bienes reservables[1907]. Hasta entonces los reservatarios tienen una expectativa en principio personalísima e intransmisible[1908]. Si se cumple dicha condición los reservatarios podrán adquirir por su aceptación, pero no suceden al reservista, sino al causante[1909].

---

[1904] CELAYA IBARRA, Adrián,. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit. pág. 375. GOMEZA VILLA, Juan Ignacio. "Limitaciones sucesorias (Reservas y reversiones)" en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 299.

[1905] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "Capítulo quinto. Disposiciones comunes a las distintas formas de suceder (artículos 118-124)", en Andrés-María 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. 923.

[1906] STS, Sala 1ª, de 27-02-1971. Sobre las diferentes teorías sobre la reserva, ver LACRUZ BERDEJO, José-Luis *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, obra cit., pp. 598 y ss. Más en extenso, RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 751 y ss.

[1907] Sobre la reserva lineal, VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Capítulo 55 reservas hereditarias", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones, Vol. II*. Civitas-Thompson-Reuters, 2011, pp. 2424.

[1908] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 95; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 403; LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, obra cit., pp. 604 y VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Capítulo 55 reservas hereditarias", en María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Vol. II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, obra cit., pp. 2407.

[1909] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, obra cit., pp. 602. En contra VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 84 y ss.

Pues bien, uno de los múltiples problemas que suscitan las reservas en Derecho civil común es si la distribución de los bienes objeto de reserva debe ser con sujeción a prioridad de grado y reparto igualitario dentro de los reservatarios o si cabe elección entre los mismos, lo que para la reserva vidual ex art. 972 CC como mejora que aplica la viuda a la descendencia común con el causante se defiende por la mayor parte de los autores[1910]. No es tan claro para la reserva lineal del art. 811 CC aunque también lo permite la jurisprudencia[1911]. También se plantea la doctrina acerca del Derecho civil común si el reservista puede desheredar a los reservatarios[1912].

Por tanto, frente a las dudas surgidas en Derecho Civil Común, el art. 122 LDCV da seguridad, facultanado expresamente al reservista a designar reservatarios, lo que ciertamente entra en el fenómeno de la ordenación de la ordenación de la sucesión por tercero. La naturaleza de esta figura, en opinión de GOMEZA VILLA[1913] acerca de la reserva de bienes donados para el matrimonio (art. 87 Ley 3/1992, actual art. 119 LDCV) es de "un mandato positivo de transmisión sucesoria a modo de una sustitución fideicomisaria condicional".

Desde un punto de vista más técnico, concluimos que el art. 122 LDCV aproxima las reservas a la figura del fideicomiso de elección (cfr. art. 426-11 CSCataluña y la ley 236 CDCFNavarra), en el que entre el causante y el sucesor definitivo o fideicomisario intermedia un sucesor interino o vicario, el fiduciario, pero éste puede elegir dicho fideicomisario dentro de un grupo de personas determinadas por el causante que es a quien se sucede, no al fiduciario[1914]. Encontramos como diferencia,

---

[1910] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, obra cit., pp. 601. VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Capítulo 55 reservas hereditarias", *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. II, obra cit., pp. 2414. A favor de la mejora VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 117.

[1911] A favor para la reserva lineal del STS, Sala 1ª, de 13-03-2008 y SAP de Gipuzkoa, sec. 3ª, de 07-04-2006. Y respecto de la vidual del art. 968 CC, el siguiente art. 972 CC. Mucho más discutido es si cabe o no el derecho de transmisión (art. 1006 CC) del derecho del reservatario. Al respecto la RDGRN de 19-02-1969 recogió las tres posturas doctrinales que caben en torno al problema: a) La afirmativa en base al art. 1112 CC y a que el reservatario adquiere los bienes desde la muerte del reservista. b) La negativa en base al carácter personalísimo del derecho del reservatario y así el TS (salvo en la STS, Sala 1ª, de 14-06-1945 en que admitió el derecho de transmisión) lo ha negado en base al carácter personalísimo del derecho del reservatario. c) La ecléctica de VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp., 103, que sostiene el *ius transmisionis* cuando la reserva se ha cumplido voluntariamente por el reservista *inter vivos* o *mortis causa* pero no cuando el reservatario no sea heredero del reservista

[1912] A favor de la facultad de desheredar cita VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. II, obra cit., pp. 2421, la STS de 14-06-1945 que aplica el art. 973 CC al art. 811 por analogía y VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 121.

[1913] GOMEZA VILLA, Juan Ignacio,"Limitaciones sucesorias (Reservas y reversiones)", en *"El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992"*, obra cit., pp. 285.

[1914] Se discute su admisibilidad en Derecho común, pues tal y como explica ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XII, vol. 2º, obra cit., pp. 154, del art. 670 CC se desprende que no podrá el heredero fiduciario determinar la persona del fideicomisario ni tampoco podrá hacer tal designación un tercero ajeno a la herencia fideicomitida. Sólo ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios sobre sucesiones*. Vol. II, obra cit., pp. 36, cree que cabe conferir al fiduciario la designación de la persona de los fideicomisarios entre un grupo determinado de personas pues el Código civil prohíbe que quede reservado el fideicomisario o destinatario definitivo, pues no se permiten los herederos de confianza (art. 785.4º CC). Quizás, esta es mi opinión personal, también se podría añadir en apoyo de esta postura el margen que da el art. 750 CC ("Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta"), pues, "odiosa sunt restringenda", el pfo. 2º del art. 670 CC no permite ni revocar a los legatarios o herederos "nombrados"

no obstante, que en el caso del art. 122 LDCV la facultad de elegir reservatario no la otorga ni el causante último ni el reservista, sino la propia ley.

En consecuencia, se permite al reservista designar sucesor entre los reservatarios, en los términos establecidos para la sucesión testada o pacto sucesorio (art. 18 LDCV), es decir, podrá atribuir los bienes sujetos a reserva a título de heredero o herederos o legado, eligiendo un sucesor en los mismos o distribuirlos en la forma que tenga por conveniente y, por tanto, en partes iguales o desiguales, ya sea mediante legados o a través de donaciones, así como la fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos. La elección tendrá las peculiaridades de la sucesión testada[1915], esto es, habrá de respetarse la línea sucesoria que ordena la reserva incluso preteriendo a reservatarios más próximos en grado, pero cabrá instituir de modo igual o desigual, por supuesto con el tipo de apartamiento que en cada caso sea preciso. Lo que no podrá hacer el reservista es librarse de la reserva, dispensa que sólo puede hacer el causante (art. 120 LDCV, explícitamente y los art. 118[1916] y 119[1917] LDCV de modo implícito). No obstante dicho art. 122 LDCV omite toda referencia a la posibilidad de desheredación en los bienes sujetos a reserva, pero como puede elegir libremente dentro del grupo de reservatarios no parece que haya problema en la práctica.

Concluye el art. 122 LDCV afirmando que el reservista "no podrá imponer sustituciones y gravámenes sobre los bienes sujetos a reserva sino a favor de los reservatarios, de modo similar a los art. 56.1 y 70.4 LDCV. Es curioso que la regulación del poder testatorio, voluntario, prohíbe con carácter general la imposición de sustituciones por el comisario al sucesor (cfr. art. 32.3 LDCV) y este poder legal lo permite.

---

(ordenados en general, no instituidos "nominalmente", cfr. art. 772 y 773 CC), ni distribuir entre los nominalmente instituidos. Pero entre los dos extremos existe el hueco del art. 750 CC de que el testador llame a clases determinadas (cfr. art. 769 a 771 CC) cuya concreción no supone revocación de nadie ni asignación de porciones a los nominados por dicho causante. Del lado contrario, que el pfo. 1º del art. 670 CC es bastante tajante al afirmar que la formación de testamento no puede dejarse "en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero", testamento que es (art. 667 CC) "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento"

[1915] URRUTIA BADIOLA, Andrés. "Reservas y reversiones en el Derecho foral vasco", en *Derecho civil foral vasco*. CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pág. 351; CELAYA IBARRA, Adrián,. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 375; GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XXI. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. pág. 437.

[1916] La reserva lineal del art. 118 LDCV no recae sobre bienes troncales, pues éstos no pueden ser adquiridos por pariente no tronquero por ministerio de la ley. Si es pariente tronquero el ascendiente, entonces rigen las normas de la troncalidad. No siendo los bienes reservables troncales, la única adquisición por ministerio de la ley del ascendiente es la intestada (art. 112 LDCV), que puede ser entonces enervada si el causante testó, luego se concluye que la reserva del art. 118 LDCV es dispensable por dicho causante.

[1917] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, "Capítulo XXI. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, pp. 434, entiende que la idea del legislador vendría a ser que los bienes donados para un matrimonio lo fueron con la voluntad de que quedaran en la familia que del mismo surge, a presumir una simple preferencia adquisitiva mortis causa sobre tales bienes en favor de la descendencia del matrimonio para el cual se cedieron

## III. CLASES DE SUCESIONES POR COMISARIO.

La Compilación de 1959 no distinguía especialmente al comisario viudo pues no le daba facultades adicionales, ni un usufructo especial, ni siquiera un usufructo legitimario, como lo demuestra la D.Tª. 3ª de la Ley 3/1992 que ordena que en los poderes testatorios otorgados antes de la entrada en vigor de la ley, la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder.

Mediante la Ley 3/1992 se pretende dotar al *alkar poderoso* como afirma URRUTIA BADIOLA[1918] la figura pirenaica de la *Donna et domina, potens et usufructuaria"*[1919]. Según este autor se trataría de añadir a las facultades institutivas de todo comisario un derecho de nuevo cuño, que no es un usufructo legitimario estándar del art. 57 LDCV sino un status especial que constituye "el auténtico derecho de viudedad"[1920].

Ello da lugar a que haya dos categorías perfectamente diferenciadas de comisario desde la Ley 3/1992, tal y como explica GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1921] en conclusiones perfectamente extrapolables a la LDCV: "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".

### 1. El "alkar poderoso" o comisario viudo.

La LDCV está especialmente configurada para favorecer la actuación del comisario-viudo/pareja de hecho, o el "alkar-poderoso", denominación introducida legislativamente en el la E.d.M. y en el art. 33 Ley 3/1992 que, tal y como explican DE

---

[1918] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 412 y 413.

[1919] Nombre recogido por GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. TOMO XXXVII, Vol. 1º. EDERSA, Alcobendas, 1998. ISBN 84-7130-216-0-ISBN 84-7130-920-3, pp. 511. "Que permitió 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" (GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139).

[1920] Como explica el preámbulo de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, el usufructo vidual no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil. Su carácter de derecho de familia (lo que explica la existencia de un deber de alimentos, o la extinción del usufructo por contraer nuevo matrimonio), a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas (en particular, para el caso de que el objeto sea una explotación económica).

[1921] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 139.

ECHEGARAY CORTA y CELAYA IBARRA[1922] es una alocución bilingüe alusiva al poder testatorio (*poderoso*) otorgado con carácter recíproco (*alkar*) entre cónyuges, lo cual es y fue práctica habitual pero no requisito del mismo.

El actual texto de la LDCV no lo define por su nombre, sino por sus efectos, en su art 41.3: "3. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder".

Y sus presupuestos o requisitos son tan simples[1923] como que se otorgue el poder testatorio al viudo o a la pareja de hecho inscrita en el registro al efecto del Gobierno Vasco[1924].

**2. Caracteres del comisario viudo/pareja de hecho.**

El usufructo del comisario viudo, nace de su carácter de comisario y para reforzar su *status*, no es un derecho propio del matrimonio, tal y como vimos al hablar de su naturaleza jurídica. Detengámonos un momento en sus caracteres específicos:

*2.1. Inalienabilidad e inembargabilidad.* Concedido el carácter "intransferible" de las facultades del comisario (art. 36.1 LDCV) por razón de confianza que subyace en la relación entre causante y comisario (URRUTIA BADIOLA[1925]), o, dicho de otra manera, que se conceden estas facultades anexas al cargo de comisario viudo y al usufructo aparejado al mismo a fin que no pueda ser inquietado en el ejercicio de su función, parece lógico estimar que su derecho de usufructo como tal es inembargable, ex art. 605.1 LEC: "No serán en absoluto embargables: 1.º Los bienes que hayan sido declarados inalienables….", aunque no los frutos percibidos (cfr. art. 592.2.5º LEC y art. 354, 472 y 472 CC).

*2.2. Su inconmutablilidad*. Ésta surge de la nota de inalienabilidad, fundamentalmente porque no hay herederos determinados que puedan obligar al usufructuario viudo a conmutar dicho usufructo.

*2.3. Su inescindibilidad*. Que, asimismo, se deduce de la intransferibilidad de este cargo. El comisario viudo no puede renunciar al cargo y retener el usufructo inherente al mismo por la literalidad del art. 41.3 LDCV "El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es (…) usufructuario del

[1922] DE ECHEGARAY CORTA, Bonifacio de. *Derecho Foral Privado*, obra cit., pp. 68. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 164 y 174.

[1923] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 412 y 413. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 81.

[1924] Entiéndase en toda esta tesis que cuando hablo de viudo me refiero siempre también al miembro supérstite de pareja de hecho inscrita en el Registro Administrativo del Gobierno Vasco (art. 9.3 y D.A.1ª de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y D.Aª. 2 LDCV).

[1925] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 391.

patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder", luego si no es comisario no es dicho usufructuario. Añadamos que la facultad de renuncia a la figura (art. 45.5 LDCV) no parece que permita distinguir entre dos tipos de renuncia. Además, el art. 41.3 LDCV y la D.Tª.4ª LDCV sólo excepcionan dicha escisión, cuando ya se ha hecho uso del poder para que el comisario viudo no se retraiga de ejercer el poder cuando lo estime conveniente porque en tal caso se vaya a quedar sin medios de vida. También podemos recordar la razón dada por ANGOITIA GOROSTIAGA[1926] para 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 (…) 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".

*2.4. El alkar poderoso es el usufructuario natural de la herencia* (art. 41.3 y D.T.4ª LDCV). El contenido básico del derecho usufructuario atribuido al "alkar poderoso" es:

2.4.1. Derecho a percibir frutos, naturales, industriales y civiles. Inclusive usufructos sobre objetos especiales tales como dinero, acciones y de fondos de inversión, tal y como se deduce los art. 41.3 y 53.3 LDCV, con ecos analógicos en los art. 299 y 300 CDFAragón/ley 258 CDCFNavarra[1927].

2.4.2. Deber de de contribuir a los gastos y mejoras (art. 294-1 CDFAragón / ley 415 CDCFNavarra), reparaciones extraordinarias (art. 295 CDFAragón / ley 414 CDCFNavarra), tributos y seguros (art. 293 a 298 CDFAragón / leyes 414 y 415 CDCFNavarra) por comparación con los art. 21.1.c) y 43.3 LDCV.

2.4.3. Exoneración del deber de prestar fianza como viudo usufructuario que es. Dicha fianza exigible en otros casos (art. 491.2º CC) garantiza la restitución de los bienes usufructuados y en buen estado. Pese a que el viudo usufructuario comisario no deba prestar dicha fianza, no queda exonerado por ello de responsabilidad por la buena gestión de los bienes hereditarios (art. 37.1 LDCV) ni aun por abuso (art. 520 CC), aunque dicho abuso no da derecho al inexistente nudo propietario a pedir su remoción[1928].

2.4.4. La obligación del usufructuario de pagar los alimentos a cargo del causante a favor de los hijos y descendientes del mismo (art. 38 LDCV / art. 298

[1926] ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala*, obra cit., pp. 212-214.

[1927] En este caso la normativa imitada ha sido la catalana como reconoce URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas", obra cit., pp. 181.

[1928] Se excluye el abuso de la cosa usufructuada, así, la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 04-10-2004 tampoco procede declarar la extinción pretendida en base al incumplimiento por la demandada, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad por no incluir en la escritura de manifestación de la herencia, entre los bienes inventariados, el dinero, ya que ello fue conocido y consentido por la actora. La SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001 afirma la no aplicación analógica causas de extinción del albaceazgo o mandato Sobre que no cabe de la remoción del cargo por incumplimiento de sus deberes, por analogía con el albaceazgo. Igualmente MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 136, fundándose en evitar la sucesión intestada del causante y que debe prevalecer la confianza que éste ha depositado en el fiduciario.

CDFAragón / ley 259.3 CDCFNavarra). La LDCV la impone al comisario (art. 38 LDCV) o al heredero (art. 21.1.a), no al usufructuario como en las otras regulaciones regionales. Luego lo veremos con más detalle.

*2.5. Posesión de los bienes hereditarios por el comisario viudo/pareja de hecho desde la muerte del causante.*

Siguiendo por analogía a PARRA LUCÁN[1929] en sus comentarios al usufructo vidual aragonés, cabe concluir que desde el fallecimiento del causante el cónyuge comisario sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos. 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 titulo (precario), la acción de desahucio (juicio verbal, art. 250.1.2º 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. 250.1.3º LEC); c) si hay quien posee a título de dueño, la acción real confesoria en juicio declarativo. Y, añado yo, d) la reivindicatoria.

Estamos de acuerdo con dicha autora con base en que del juego del art. 45.5 LDCV que determina que el poder testatorio se extingue por la renuncia, que deberá ser expresa, y del art. 34.1 de la misma, que le obliga a realizar un inventario en el plazo de seis meses desde que, fallecido el causante, conozca su designación al efecto, deducimos que el cargo de todo comisario está vigente desde la muerte del causante mientras no se extinga, sin perjuicio de que siempre puede aceptar o repudiar expresamente o tenerlo por repudiado tácitamente previo el requerimiento judicial antedicho. Ello es correlativo a que la posesión del sucesor designado por el comisario no tendrá la posesión civilísima y retroactiva de los bienes que adquiera desde la muerte del causante sino desde el acto de atribución por el comisario (art. 17.2 LDCV).

Además, el comisario-viudo sale especialmente reforzado de la LDCV por un alto techo de caracteres dadas por la misma o por el causante[1930]:

*2.6. Posibilidad de dar carácter irrevocable al cargo, caso de instituirse contractualmente.* Con matices (art. 31.2 LDCV).

*2.7. Administrador natural de la herencia* (art. 37.2 LDCV), sobre lo que volveremos posteriormente.

*2.8. Duración natural indefinida o vitalicia* (art. 41.1 LDCV).

*2.9. Facultades dispositivas o, al menos de administración dinámica del patrimonio hereditario* (art. 43.4 y 5 LDCV), que llegan a configurarlo incluso como

[1929]PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. II, obra cit., pp. 2274. Sobre la legitimación del comisario viudo para las acciones interdictales. Cfr., en similar sentido, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 157.

[1930] Ibídem, pp. 72. Por lo demás, para evitar inútiles reiteraciones hagamos constar que siempre que se cite en esta obra el comisario viudo de la LDCV ha de extenderse la referencia al miembro sobreviviente de la pareja de hecho inscrita en el Registro correspondiente del Gobierno Vasco conforme a la Ley 3/2003.

liquidador del mismo (art. 43.3 LDCV)[1931]. Efectivamente, con la LDCV, a través del otorgamiento al comisario-viudo, del "alkar poderoso" se cambia al protagonista de la herencia, que pasa de ser del heredero a aquél, quien como el "ejecutor" o el "personal representative" anglosajón, facultado al efecto por el causante, administrará y liquidará la herencia y repartirá el remanente. Incluso podrá usufructuar y disponer de sus bienes para pago o mera conservación dinámica del patrimonio (arts. 41.3, 43 y D.T. 3ª y 4ª LDCV) y llegar posiblemente a ser heredero de confianza (art. 46 LDCV)[1932].

## III. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO.

Hay tres tipos de personas afectadas por el poder sucesorio, el causante o comitente, el comisario y el sucesor.

### 1. El causante.

*1.1. Legitimación para ordenar la sucesión por comisario.* Entiende la doctrina unánimemente[1933], que el poder testatorio no es una forma de testar, su licitud no se rige por el punto de conexión del estatuto formal (art. 11 CC), sino un modo de delación, por tanto una cuestión relativa al estatuto personal del testador (art. 9.8 y 14 CC), por lo que se exige que el mismo tenga vecindad civil vasca u otro punto de conexión que lo permita.

---

[1931] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72.

[1932] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 70.

[1933] CELAYA IBARRA, Adrián, *Vizcaya y su Fuero Civil*, obra cit., pp. 275. DE ASTORQUI ZABALA, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*. Aranzadi, Bilbao, 1964, pp. 94. TAPIA PARREÑO, José-Jaime. "Ámbito de aplicación territorial y personal del Derecho civil vasco". En *Derecho Civil Foral Vasco*, CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0, pp. 92, quien cita la STS de 17-06-1957. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 143. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 139. GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana y MARTÍNEZ LLAMAZARES, Juan Carlos, "La práctica actual del poder testatorio" en *Derecho sucesorio: El poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil*, *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, 2004, núm. extraordinario 1, ISBN: 84-8968919–9, pp. 98. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 345. IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja en "Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 227. GRANADOS DE ASENSIO, Diego-María. "Disposición Transitoria Primera. Conflictos intertemporales", en Andrés-María Urrutia Badiola (coord.), Francisco Lledó Yagüe y Óscar Monje Balmaseda (dir.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2020. ISBN 978-84-1377-179-3, pp. 1124. Para el derecho civil de Aragón MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 105.

La posibilidad de que la ley personal del causante permita o no testar por comisario es de la máxima importancia, dado que la jurisprudencia se decanta sobre la nulidad total del testamento otorgado bajo un régimen normativo distinto al del causante si con ello se perjudican los intereses de terceros, reavivándose en su caso la eficacia de un testamento anterior[1934], siendo un defecto insubsanable, no puede llegar a consolidarse por el asentimiento, expreso o tácito, de quienes podrían impugnarlo [1935].

1.1.1. El ámbito territorial y normativo[1936]. Los art. 9.8 y 13 CC establecen como norma de derecho interregional en España que la sucesión por causa de muerte se regirá por vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren.

ÁLVAREZ RUBIO[1937] señala que los art. 8 a 11 LDCV respetan y tienen presente la interpretación sentada por el Tribunal Constitucional respecto a la expresión "allí donde existan" del art. 149.1.8 CE, que habilita a las Comunidades Autónomas regular su propio Derecho civil foral o especial. Y la "piedra angular" de la LDCV según dicho autor es la creación por la misma de la vecindad civil vasca (art. 10 y D.Tª. 7ª LDCV). Este punto de conexión según dicho autor fija el ámbito de aplicación personal de la LDCV dentro del margen del *bloque de constitucionalidad,* no altera la redacción contenida en los art. 9.1, 13 y 14 CC ni introduce una regulación que modifique los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho civil común frente al Derecho civil vasco.

No obstante, hay una excepción al punto de conexión vecindad civil vasca para admitir la sucesión por comisario del causante. Es la señalada por IRIARTE DE ÁNGEL y URRUTIA BADIOLA[1938], el Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, en que podría darse el caso de persona sin nacionalidad española ni vecindad civil vasca pudiera otorgar poder testatorio, ora si ha efectuado "professio iuris" al efecto, ora por el criterio de residencia habitual, ora por el residual de proximidad del causante con determinado Estado. Añade OÑATE

[1934] Véase la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 31-05-2007. La misma idea en las SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 19-02-2001, de 01-02-2008 y 25-11-2008. Las SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 15-06-2001 y de 19-06-2017, sentido contrario, afirman que el testamento otorgado con el fin de eludir la legislación civil aplicable sólo adolece de nulidad parcial, aplicándose la norma que se hubiera tratado de eludir.

[1935] SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 14-05-1998: "El testamento por comisario es una figura suprimida y expresamente vedada por norma imperativa del C. Civil (art. 6.3. del C. Civil), por lo que debe considerarse su otorgamiento un acto inexistente, que no puede producir efecto jurídico alguno y que, por tanto, no puede llegar a consolidarse por el asentimiento, expreso o tácito, de quienes podrían impugnarlo. Por lo tanto, procede declarar su ineficacia, al margen de la conducta desplegada por el actor y de las consecuencias que de ello pudieran derivarse".

[1936] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 36.

[1937] ÁLVAREZ RUBIO, Juan-José. "Capítulo III. Del ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca (artículos 8 a 11)", en Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 33 y 36.

[1938] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, en "Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 30-40. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

CUADROS[1939] que "En el caso de españoles o extranjeros con doble nacionalidad, podrán optar por cualquiera de las leyes anteriores (art. 22.1.11 R (UE) 650/2012)".

1.1.2. Ámbito temporal. La LDCV entró en vigor el 03-10-2015 conforme a su Disposición Final y quienes tuvieran la vecindad civil de cualquiera de los territorios que integran la Comunidad Autónoma del País Vasco, esto es Álava, Bizkaia o Gipuzkoa, adquirieron, desde ese mismo momento, automáticamente, "ope legis", la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda, resultándoles de aplicación las previsiones recogidas en la LDCV (PIÑOL OLAETA/PARAMIO JUNQUERA[1940]). Estas autoras distinguen:

a) Los actos de disposición otorgados al amparo del art. 831 CC y art. 13 Ley 3/1992 antes de la entrada en vigor de la LDCV (03-10-2015) serán plenamente válidos conforme a su D.Tª. 5ª. En mi opinión la necesidad de esta Disposición Transitoria parte de que si bien la D.Tª.2ª CC al que se remite la D.Tª.1ª LDCV, salva la eficacia de los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, pero no lo sean conforme a la nueva[1941], no funciona en el supuesto inverso. Es decir los actos o contratos que fueran nulos bajo el Derecho anterior, pero que serían válidos y eficaces según el Derecho nuevo siguen siendo nulos[1942]. Esta reflexión viene a propósito de que, bajo el régimen de la Ley 3/1992 (art. 13), el causante vizcaíno solo hacer lo que permitía su ley sucesoria, delegar la facultad de mejorar ex art. 831 CC[1943] pero podría haberse dado algún poder extralimitado, como si de un comisario se tratase y por tanto nulo. Para evitar dicho pernicioso efecto, la D.Tª.5º LDCV salva retroactivamente la eficacia de los actos en ejercicio de la fiducia sucesoria del art. 831 CC/art. 13 Ley 3/1992.

b) Las fiducias sucesorias otorgadas conforme al art. 831 CC antes de la entrada en vigor de la LDCV por causantes que fallecieron con posterioridad y adquirieron la vecindad civil vasca. Se plantean PIÑOL OLAETA/PARAMIO JUNQUERA[1944] "¿qué

[1939] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho*, obra cit., pp. 787.

[1940] PIÑOL OLAETA, Elixabete y PARAMIO JUNQUERA, Nieves. "Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final", en Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 229 a 233.

[1941] La STS, Sala 1ª, de 30-11-1960 afirma que las innovaciones introducidas por el Código no tienen efecto retroactivo en cuanto perjudiquen derechos adquiridos y que en materia de hechos y actos jurídicos rige la regla "*tempus regit "factum*", que significa que es la ley del tiempo en el que el hecho se ha producido la llamada a regir las consecuencias jurídicas de ese hecho.

[1942] STS Sala 1ª de 17-09-2007: "por lo que es claro que un acto nulo (según el Derecho anterior) no puede quedar sanado por el mero efecto del cambio legislativo, salvo previsión expresa de la norma, y siempre con respeto a las reglas de la cosa juzgada, pero permitirá la reproducción o la renovación del acto, con los efectos que le concede la nueva ley".

[1943] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72. MANZANO MALAXECHEVERRIA, Juan-Ramón y URRUTIA BADIOLA, Andrés-María en "El nuevo artículo 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525n diciembre 2004, núm. Extraordinario I, págs. 45-63. SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 7 de abril de 2009.

[1944] PIÑOL OLAETA, Elixabete y PARAMIO JUNQUERA, Nieves, "Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final", en *La Ley 5/2015, de 25 de*

ocurre con actos de disposición que lleve a cabo, por ejemplo el cónyuge viudo-comisario, en vigencia de la nueva LDCV, cuando su apoderamiento provenga del testamento por comisario otorgado por un vizcaíno de villa al amparo del artículo 13 de la Ley 3/1992, fallecido el comitente antes del 3.10.2015 y cuando a ese tiempo el comisario tenía limitadas sus facultades a lo dispuesto en el artículo 831 CC?". Estas autoras entienden que se le aplicaría la nueva normativa, o sea la sucesión por comisario, basándose en la distinción entre la concesión de la delegación, regida por la legislación anterior, y el ejercicio del mismo bajo la nueva conforme al art. 17.2 LDCV. En el mismo sentido OÑATE CUADROS[1945] opina que la LDCV equipara por ministerio de la ley al fiduciario del art. 831 CC con el comisario de la legislación vasca, en sus art. 33 y D.Tª. 5ª y que incluso si se predicara que son dos instituciones lo suficientemente diferenciadas como para no admitir su identidad esencial, la *vis atractiva* de la ley aplicable a la sucesión requeriría el uso de la técnica de la adaptación de la fiducia al derecho vasco.

La RDGRN de 18-12-2019 resolvió lo contrario a lo manifestado por dichos autores. Dicha resolución resolvió que el encargo habiéndose conferido las facultades del art. 831 CC a sus reglas habrá de atenerse la actuación de la fiduciaria y, en consecuencia, no está entre sus facultades la de apartar a los legitimarios, ni desheredarlos, ni instituirlos herederos. No hay, en suma conversión *ope legis* de una figura en la otra. Dicha Resolución tiene su precedente en la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009[1946]. Personalmente, comparto estos puntos de vista administrativo y judicial expuestos, puesto que las facultades conferidas fueron las que fueron, no otras y la interpretación de las facultades de la fiducia será restrictiva consecuencia de su consideración como un poder (LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[1947]).

c) La adquisición de otra vecindad civil que permita delegaciones sucesorias y la subsistencia del poder testatorio. Consecuencia de la línea jurisprudencial y doctrinal anterior habrá que ver el encaje de las diferentes figuras de delegación sucesoria previstas en el derecho interregional español, lo que se traducirá fundamentalmente en las limitaciones derivadas del régimen legitimario (art. 9.8 CC), tanto en cuanto a las personas (alguna normativa, como la vasca no prevé que los ascendientes sean sucesores forzosos, otras ni siquiera el cónyuge viudo, p.ej. la catalana y la balear), las cuotas colectivas o individuales en que han de suceder y la suspensión total o parcial de su delación sobre dichas cuotas merced al poder.

Concluyo que como el poder testatorio vasco es el que más amplias facultades concede al comisario de entre las distintas figuras de delegación de la facultad de ordenar la sucesión en Derecho interregional español comparado, pues el comisario puede regular la sucesión del causante como si de éste mismo se tratara (art. 30 y 33.1 LDCV), y quien puede lo más, el comisario nombrado bajo el régimen de la LDCV pero que haya de adecuarse a otra ley personal del causante adquirida por éste posteriormente, podrá todo lo que permitan otras normativas más restrictivas que

---

*junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*., obra cit., pp. 231.

[1945] 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.

[1946] No obstante, apunta esta SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009 a que el testador, vizcaíno pudo haber otorgar testamento con poder testatorio conforme al art. 13 Ley 3/1992.

[1947] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 379.

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 vasco (art. 9.8 y D.Tª. 12ª CC por remisión de la D.Tª. 1ª LDCV) si adquiriese posteriormente la vecindad civil vasca, entre otros argumentos, porque, en principio, podrá ordenar de nuevo una sucesión por comisario.

d) La pérdida de la vecindad civil vasca y la persistencia de la validez del poder testatorio otorgado. La doctrina en general[1948] 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 dudarlo PARRA LUCÁN[1949] cuando afirma que "no es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas generales 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 18 LDCV trata de testamentos y pactos sucesorios se está refiriendo a modos de delación sucesoria[1950], es decir, al título material de suceder, art. 9.8 CC, no al formal (regulado en el art. 11 CC). 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. 3º. Si, como defendemos, nos fijamos en que estamos en presencia de un verdadero poder testatorio válidamente otorgado, lo cuál sólo es posible formalizar por los medios del art. 31 LDCV, la validez del mismo ha de apreciarse en el momento de otorgamiento (art. 11 CC)[1951], 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, aunque omitiéramos esta parte del precepto, de la propia imperatividad de las legítimas que se deriva de su proposición primera. Y

[1948] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 172, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 144. GRANADOS DE ASENSIO, Diego-María. "Disposición Transitoria Primera. Conflictos intertemporales", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 1124. GARRIDO MELERO, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado.* Tomo V. *Sucesiones*, obra cit., pp. 1201. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, en "*La fiducia sucesoria aragonesa*", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 891, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 84, MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 105, entienden que el art. 9.8 CC salva su validez, sin perjuicio del ajuste legitimario a la ley que rija dicha sucesión. En Derecho común mantiene la misma posición RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp. 1328.

[1949] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 594.

[1950] También se pronuncia en dicho sentido IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, en "Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 227.

[1951] SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 24-10-2019 y SAP de Bizkaia, sec., 5ª, de 01-12-2015: "Determinar si el testamento por comisario carece de validez, no es un acto a considerar a posteriori sino en el momento en el que el mismo se confiere, siendo una cuestión diversa el modo en el que el comisario ejercita el poder testatorio (art. 46 LDCFPV)".

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).

*1.2. Capacidad para ordenar la sucesión por comisario.* Silencia la LDCV, lo mismo que la Ley 3/1992 y la Compilación, qué capacidad ha de reunir el causante para otorgar poder testatorio, que será la exigible al tiempo de otorgar el mismo, conforme a su ley personal.

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

La doctrina, como veremos está conforme en distinguir diferentes tipos de capacidad que debe tener el causante al ordenar la sucesión por comisario, según el respectivo tipo de instrumento permitido por el art. 31 LDCV, a saber:

1.2.1. Testamento individual ante notario. Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, existió unanimidad doctrinal[1952] en que el causante ha de ser capaz para testar, es decir tener más de 14 años de edad y no estar incapacitado (arts. 662-666 CC), solución además común en las figuras similares de Derecho interregional español comparado[1953].

---

[1952] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra pp. 171, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 143, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 363, FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 352.

[1953] Específicamente, el art. 439 CDFAragón. En otros ordenamientos así lo entiende la Doctrina: En Cataluña, SOLÉ RESIDA, Judith, en "Capítulo 10. Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I , ed. 2011, obra cit., pp. 466. ABRIL CAMPOY, Juan-Manuel y otros, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 511. Para Mallorca y Menorca, GARRIDO MELERO, Martín, "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, Vol 1º, obra cit., pp. 1201. En Ibiza y Formentera 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*, Tomo I, obra cit., pp. 847. En Galicia, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 138. En Navarra, CÁMARA LAPUENTE, Sergio en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, obra cit., pp. 712 y GARRIDO MELERO, ibídem. En Derecho civil común SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 71; GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 69; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1ºobra cit., pp. 1328.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 la capacidad por razón de la edad no ha variado, pues exige tener 14 años cumplidos (art. 663.1º CC). La aptitud para testar de los discapaces ha sido ampliada al rezar el art. 662 CC que "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente". Y no pueden conforme al actual art. 663 CC ": 1º. La persona menor de catorce años. 2º. La persona que en el momento de testar no pueda *conformar* o *expresar* su voluntad ni aun con ayuda de *medios* o *apoyos* para ello".

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

El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE , art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006[1954]. Dicha presunción *iuris tantum* de capacidad de los mayores de edad ha pasado del art. 199 CC en la redacción anterior al actual art. 249 CC: "Las medidas de apoyo (…) de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate".

No obstante, la discapacidad subsiste como hecho y como situación jurídica, por lo que es de criticar que su concepto no venga en el Código civil, sino en el pfo. 2 del art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

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

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

¿Qué son los medios de apoyo? La E.d.M. de la Ley 8/2021 declara terminados los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación»[1955] pero nos remite a

[1954] Cfr. SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª de 08-01-2021.

[1955] BOE nº 132, de 03/06/2021. "No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones"

concretar las medidas de apoyo, término muy laxo según aquélla "todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad (…) la representación en la toma de decisiones".

Parece claro *prima facie* que aunque el testador esté sujeto a medios de apoyo, incluso de curatela representativa, podría testar, como lo demuestra el art. 753 CC: "Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela…". Por lo tanto, admitido que el discapacitado puede testar, en general, procece no obstante distinguir diferentes situaciones:

(i) Dada la prohibición de delegar la facultad de testar, que es personalísima, no puede quedar al arbitrio de un tercero su formación "en todo o en parte" (art. 670 CC). En consecuencia, no es imaginable ni válido que el Juez adopte una medida de apoyo de curador /guardador de hecho o de autocuratela (ni aun autorizado por el interesado) que confiera al guardador la facultad de testar en representación del discapaz porque la curatela representativa es "tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación" (art. 249 CC)[1956]. Como argumento de refuerzo, recordemos la derogación por la Ley 8/2021 del art. 776 CC que otorgaba previamente una representación legal al tutor para ordenar la herencia de su pupilo.

(ii) En el otro extremo, como válidos, deben admitirse los apoyos del art. 663 CC entendidos como sinónimo de medios técnicos, en el sentido de los art. 695[1957], 708[1958] y 709[1959] CC o el apoyo del propio Notario (art. 665 CC). O el art. 25 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la citada Ley 8/2021[1960].

---

[1956] Resulta curioso el caso resuelto por el AAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, de 11-11-2011 que deniega la autorización al tutor para testar por su pupilo. Curioso porque parece evidente que no puede concederse tal autorizacón por ser el testamento sujeto a Derecho civil común un acto personalísimo ex art. 670 CC.

[1957] Art. 695 CC: "El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad".

[1958] Art. 708 CC: "No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código".

[1959] Art. 709 CC: "Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: (…) Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas.

[1960] Art. 25 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la citada Ley 8/2021: "Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y

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

Es dudosa la validez de un testamento si seguimos la interpretación de PAU PEDRÓN[1961] sobre el alcance de la curatela no representativa, pues entiende que "cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias»". Esta interpretación es perturbadora y no se ve donde esté el límite con la captación de voluntad.

Por tanto, en mi opinión, no es lícito adoptar la medida de apoyo de que el curador no representativo intervenga el otorgamiento de testamento por el discapaz (*dos firmas*), pues supone quedar al arbitrio de dicho curador-interventor, el *an* y el *modus,* la formación y expresión del testamento, pues sin su intervención/consentimiento el testamento no nacería a la vida jurídica, quedaría mediatizado asimismo "en todo o en parte" (art. 670 CC). En tal sentido invocamos a LACRUZ BERDEJO y PUIG PEÑA [1962], quienes entienden que no cabe un complemento de capacidad en el otorgamiento de testamento, no así el consejo y ayuda extraños en la preparación del acto de testar, "cuando el tercero interviene en el mismo sentido del testador ayudándole a la ordenación", "la cooperación pre testamentaria "la ordenación determinados consejos o apuntes morales de terceras personas siempre que los mismos no interfieran la espontaneidad y libertad de la manifestación de voluntad".

Por tanto, el Notario autorizante del testamento habrá de asegurarse de que el otorgante goza de lo que jurisprudencia denomina "capacidad mínima indispensable para otorgar testamento" -ATS, Sala 1ª, de 26-05-2009- o "capacidad o aptitud natural" –STS, Sala 1ª, de 04-10-2007-.

---

alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".

[1961] PAU PEDRÓN, Antonio. "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil". *Revista de Derecho Civil* ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018). Estudios, pp. 9. Recuperado de http://nreg.es/ojs/index.php/RDC.

[1962] LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 707. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español.* Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*, obra cit., pp. 205 y 206.

1.2.2. Testamento mancomunado ante notario. El art. 24.5 LDCV exige la emancipación de los otorgantes[1963]. En cuanto al discapaz, además de ser emancipado deberá pasar el juicio de capacidad del Notario que acabamos de analizar.

1.2.3. Pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o pacto regulador del régimen económico patrimonial de la pareja de hecho inscrita. En la medida que un pacto sucesorio que contenga la sucesión por comisario del otorgante supone ordenar su propia sucesión (art. 30.1 y 33.1 LDCV) se plantea si el discapaz podrá otorgar dichos títulos sucesorios, ora personalmente, ora asistido por el curador, ora representado por este último.

Sólo OÑATE CUADROS[1964] distingue entre *pactos con transmisión actual de bienes* donde el instituyente debe tener plena capacidad para contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC) y *pactos con eficacia post mortem* en que habrá de estarse al contenido concreto del pacto. Para dicho autor en este segundo tipo de pactos, si el instituyente queda privado merced a los mismos de la facultad de disponer en lo sucesivo de los bienes concernidos por cualquier título, oneroso o gratuito, se requiere plena capacidad de contratar y disponer. Y, al contrario, si no quedara limitada dicha facultad, bastaría para tal doctrino la capacidad para testar, y tal sería el caso según el mismo, del pacto sucesorio por causa de muerte si conforme al art. 105.2 LDCV reserva al instituyente la facultad de disponer entre vivos.

Otra parte de la doctrina en el País Vasco[1965], y también es mi opinión, entiende que el pacto sucesorio no puede ser otorgado por nadie que no tenga plena capacidad de contratar y disponer porque el carácter irrevocable del pacto sucesorio así lo exige, como sucede en otros Derecho civiles autonómicos[1966]. Ello nos lleva a la discusión ya abordada de si el poder testatorio otorgado en pacto sucesorio es libremente revocable

[1963] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 363, FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72. TENA PIAZUELO, Isaac. "Sección Tercera. De la por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24-29)", en Andrés-María 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. 296.

[1964] OÑATE CUADROS, Francisco Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 790 y 791.

[1965] IMAZ ZUBIAUR, Leyre. "Capítulo XVII. La sucesión paccionada", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 72.

[1966] Aragón. Art. 379 CDFA y la opinión de BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. "Capítulo 33. Pactos sucesorios en Aragón", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit. pp. 1339. Baleares: JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares*, obra cit. pp. 614 y 615. Exige menor emancipado o capacidad para contratar. Galicia. arts. 209-213 LDCG, en opinión de HERRERO OVIEDO, Margarita. "Capítulo 32. Pactos sucesorios en el Código Civil (y) en la Ley de Derecho de Galicia", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 1290. Cataluña. Art. 431-4 CCCat, según DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. "Capítulo 34. Pactos sucesorios en Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 1371: "Recordemos, en cambio, que para otorgar testamento hasta la capacidad natural, cifrada en catorce años por el art. 421-4 CCCat, pues el testamento siempre es revocable, y despliega sus efectos sólo a partir de la muerte del causante, por lo que no es necesario arbitrar medidas de protección -como la exigencia de plena capacidad de obrar- pala proteger, en vida, el patrimonio del causante". Navarra: Ley 176 CDCNavarra, conforme el parecer de LUQUÍN BERGARECHE, Raquel. "Capítulo 36. Pactos sucesorios en Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit. pp. 1451.

por el causante[1967], o no lo es, salvo en los casos legalmente previstos como procesos de nulidad, separación o divorcio, por reserva de la facultad de revocación o por decisión judicial[1968].

En mi opinión habrá de distinguirse:

a) Pacto sucesorio y representación legal del instituyente discapaz. Conforme al art. 100.2 LDCV mediante pacto sucesorio cabe disponer de los derechos sucesorios pertenecientes a la herencia de un tercero con consentimiento de éste, lo que en mi opinión repudia su otorgamiento mediante representante legal pues el efecto de la representación legal es que el representado ve sustituida su voluntad del por la del representante (art. 249 y 1259 CC)[1969]. Este último no consiente luego no se cumple con dicho art. 100.2 LDCV.

b) Pacto sucesorio y medios de apoyo no representativos al instituyente. Podríamos dudar si es admisible el consentimiento del instituyente intervenido por el curador no representativo puesto que el art. 100.3 LDCV exige para la validez de un pacto sucesorio que los otorgantes sean mayores de edad, pero no se pronuncia sobre el grado de discernimiento exigible a dicho mayor de edad. Habrá que estarse a las concretas medidas de apoyo que se dicten pero cabe preguntarse si un discapaz que pueda contratar y disponer mediante intervención de su guardador podrá otorgar pactos sucesorios que contengan un poder testatorio.

Como argumento a favor sería la falta de aplicación *mutatis mutandi* del carácter personalísmo del testamento al pacto sucesorio, lo que permitiría una intervención "en parte" o como "complemento" de la del discapaz a fin que este forme y externalice su voluntad, deseos y preferencias.

Como argumentos en contra citamos varios. Que la mayor parte de la doctrina entiende que el pacto sucesorio es personalísimo y por tanto no cabría un apoyo del discapaz que pasase del mero consejo, en idénticos términos que los vistos para el testamento. Otro argumento sería el comparativo, puesto que la generalidad de las legislaciones civiles forales o especiales españolas prohíbe la representación voluntaria

[1967] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 380, entiende que, como todo contenido de pacto sucesorio, el poder otorgado dentro del mismo es irrevocable. IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*. Colegio Notarial de Cataluña. Marcial Pons, Barcelona, 2006. ISBN: 84-9768-355-2, pp. 324 da un argumento más potente y conciso, cual es la literalidad de los art. 48 y 171 Ley 3/1992 (actual art. 45.8 LDCV): "El poder testatorio se extinguirá: (…) Por revocación".

[1968] OÑATE CUADROS, Francisco Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 438. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 80.

[1969] PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 204: "Dos supuestos distintos comprende este primer párrafo del art. 670 relativo a la confección del testamento: la sustitución en la declaración y la representación de la voluntad del testador por una tercera persona. La personalidad del acto impide que un extraño nos sustituya en nuestra emisión de voluntad".

en el otorgamiento de pactos sucesorios, p.ej. art. 379 CDFAragón. O todo lo más, admiten un mero *nuntius* (art. 73 y ss. CDCBaleares, art. 431-7.3 CCCataluña, art. 212 LDCGalicia y el Derecho civil común, en lo limitadamente que admite los pactos sucesorios). No está tan claro el ámbito decisorio del representante que permite la ley 173 CDCFNavarra.

Por fin encuentro como argumento que si las parejas de hecho inscritas son equiparables y equiparadas a efectos sucesorios al matrimonio, la "plena capacidad" que exige el art. 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de pareja de hechos para formar dicha pareja es presupuesto de la necesaria para que sus miembros puedan otorgar poder testatorio en escritura pública, y por tanto la misma plena capacidad debe ser exigible al instituyente que en dicha forma otorgue poder testatorio entre cónyuges (art. 31, ap. 2 y 3 LDCV).

Como mucho podríamos llegar a entender que el discapaz no sujeto a representación, sino a mera intervención, pueda otorgar pactos sucesorios hasta el límite de lo marcado por los art. 247 y 248 CC para los emancipados, o sea, no podrá intervenir operaciones que consistan en gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

**2. El comisario.**

*2.1. Legitimación para ser comisario*. El comisario es la persona a quien el causante delega la facultad de ordenar la sucesión de éste en todo o en parte (art. 30 LDCV).

2.1.1. La identificación del comisario. La SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016 y la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018 han introducido un matiz inquietante al decir que "El testamento por comisario (…) 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".

Entiendo que el comisario habrá de ser determinado con certeza, a poder ser con su nombre y apellidos, si no de otra manera que sepamos ciertamente quién es el individuo concreto instituido, p.ej. "mi cónyuge" o "mi pareja de hecho". Y sólo con estos criterios indudables podemos entender las citas resoluciones judiciales, que no pueden amparar una designación *in incertum de certis* del propio comisario. Esto no es dudoso, tanto porque el art. 31.1 LDCV habla del "nombramiento de comisario", como por analogía con los testamentos se impone su nominación con nombres y apellidos (art. 769 CC), como porque si el comisario no fuera cierto, sino determinable, no sería un cargo personalísimo y su nombramiento quedaría al arbitrio de un tercero, soluciones todas prohibidas por el art. 36.2 LDCV. Otro argumento adicional es que cuando ha la legislación ha querido dejar abierta la designación del concreto delegado para testar, así lo ha hecho. Tal es el caso de las fiducias colectivas previstas en el art. 459 CDFAragón y en el art. 424.6 CCCataluña.

2.1.2. Los comisarios nombrados pueden ser uno o varios, éstos, da actuación mancomunada o solidaria, e incluso con carácter sucesivo (art. 30 DCV). En caso de

designación simultánea de varios comisarios, desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se adoptarán por mayoría y, en caso de empate, decidirá el nombrado en primer lugar (art. 40 LDCV). La solidaridad no viene regulada, luego procederá conforme al art. 1693 CC: "Cuando dos o más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal"[1970].

2.1.3. No es preciso vínculo conyugal, afectivo o familiar alguno entre comisario y causante. CELAYA IBARRA[1971] destaca que, al contrario que en otras legislaciones forales[1972], el comisario puede ser cualquier persona y no necesariamente el cónyuge, si bien éste será el "alkar-poderoso" que tiene más atributos, tal y como vimos al analizar las clases de comisario. La LDCV ha mejorado o ampliado la figura para los vecinos del Territorio Histórico de Gipuzkoa, pues conforme al art. 164.1 Ley 3/1992 el comisario sólo lo podía ser el cónyuge o pareja de hecho del causante[1973].

2.1.4. El comisario puede ser un heredero[1974] tal y como vimos al hablar de la inexistencia de prohibición de conflicto de intereses.

2.1.5. El comisario puede ser una persona jurídica. En Derecho civil interregional español comparado la admisión de las personas jurídicas como fiduciarias del causante es limitada, aun en los ordenamientos en que el delegado para testar no haya de ser el cónyuge, pareja o progenitor[1975].

---

[1970] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 186. Solución propuesta para la regulación aragonesa por BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "*La fiducia sucesoria aragonesa*", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 892. Esta última propugna sin citarla la solución del art. 1693 CC que es la expuesta arriba.

[1971] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 172. En el mismo sentido ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 364 y URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 367.

[1972] Sólo puede ser comisario el cónyuge, o pareja de hecho o progenitor común, según los casos en las siguientes regiones. Ibiza y Formentera: La encomienda de ordenar la sucesión sólo puede hacerse al cónyuge (art. 73 CDCBaleares) y al contrayente, si se ordena la fiducia en capítulos matrimoniales antenupciales (art. 66.2 CDCBaleares), en pactos sucesorios y en escritura *ad hoc*. Galicia: Según BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 34; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 610, conforme al art. 196 LDCGalicia ha de estar ligado por vínculo matrimonial al comisario o bien ser su pareja de hecho (D.Aª.3ª.1 LDCGalicia). Lo mismo en Derecho civil común conforme al art. 831 CC.

[1973] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 169.

[1974] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 375. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 368.

[1975] En Aragón entienden que no es posible LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria, en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 408. También MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 102, quien no obstante ofrece la misma salida de nombrar a quien ocupa cierto cargo de la persona jurídica lo

Ciertos son, como señala VERGER GARAU[1976] los inconvenientes de esta posibilidad, pues no resulta fácil depositar la confianza para nombrar heredero en un ente no individual como las personas colectivas, pues el objeto de las personas jurídicas puede limitar en principio la capacidad de sus representantes para actuar en cumplimiento de la finalidad requerida por la institución de heredero distribuidor, lo que viene agravado por la prohibición de que no se puede constituir una fundación para distribuir los bienes o nombrar heredero entre los parientes, pues las fundaciones han de tener necesariamente finalidades públicas y no sólo privadas (art. 37 y 788 CC).

CELAYA IBARRA[1977] no aceptaba al comisario persona jurídica por dos motivos, la expresión del art. 18 Compilación "comisarios supervivientes" (que no pasó a la Ley 3/1992 ni a la LDCV), y que el testamento es un instrumento reservado a ser otorgado por las personas naturales. No obstante añadió una vía alternativa: "Pero parece perfectamente posible que pueda nombrarse albacea [sic[1978]] a quien ostente un cargo (presidente, director, etc.), en una persona jurídica en el momento de la muerte del comitente".

ASÚA GONZÁLEZ[1979] parece admitir implícitamente que el comisario sea una persona jurídica y más abiertamente para el análogo usufructo poderoso ayalés GIL RODRÍGUEZ[1980]. También se postuló a favor GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1981], quien después de analizar el clásico argumento contra su admisibilidad, a saber que la relación de confianza sólo parece concebible entre personas naturales, llega a la solución contraria, que una persona jurídica pueda ser nombrada comisario, por analogía con la tutela y el albaceazgo en que se admite. Asimismo URRUTIA

---

niegan. En Mallorca y Menorca: VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit., pp. 388 y 389, entiende que la CDCBaleares no prohíbe que las personas jurídicas puedan ser herederos distribuidores, si bien señala sus inconvenientes. Al contrario, 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*. Tomo I, obra cit., pp. 858, entiende la regulación presupone una persona física, serían precisos cambios normativos, pues el art. 18 CDCBaleares utiliza la palabra "parientes" y el art. 22 CDCBaleares habla de "premoriencia", en lo que coinciden con JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 353, quien añade como argumento el art. 19 CDCBaleares cuando dispone que "El distribuidor ha de ejercitar dichas facultades personalmente" y que parece contrario al Derecho histórico. En Navarra se entiende que a sensu contrario de la permisión para el heredero de confianza (ley 289 CDCFNavarra) el fiduciario no puede ser persona jurídica. Así MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa* obra cit., pp. 71.

[1976] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit., pp. 388 y 389. También RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, obra cit., pp. 1376.

[1977] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 756.

[1978] Suponemos que quiso decir "comisario" y no "albacea" pues estudiaba la primera figura, no la segunda.

[1979] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 364: "Puede ser nombrada comisaria cualquier persona incluso pretiriendo al cónyuge o pareja".

[1980] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed., 2016, obra cit., pp. 933: "Finalmente, también el nuevo contexto, al margen de su desarraigo histórico, ha traído la posibilidad de que la titularidad y facultades del usufructuario poderoso puedan atribuirse a una persona jurídica".

[1981] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. *"Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992, obra cit., pp.* 151.

BADIOLA[1982] preconiza sin cortapisas que la persona jurídica puede ser comisario y señala como ventajas su acercamiento al "trust" anglosajón y la administración dinámica de la herencia. También por mi parte he defendido que pueden ser designados comisarios personas jurídicas[1983] fundamentalmente por el principio de libertad civil (art. 4 y 46 LDCV). Y aunque hemos visto que la remuneración del comisario podría ser un aparente obstáculo, también se ha estudiado las maneras de superarlo en el apartado dedicado al carácter gratuito del cargo de comisario.

2.1.4. La vecindad civil del comisario es indiferente para la efectividad de la institución[1984]. Sólo GIL RODRÍGUEZ[1985], entiende que el *usufructuario poderoso* (por extensión su argumento se aplicaría al comisario) precisa tener la vecindad civil vasca para usar los pactos sucesorios en ejecución de la delegación, conclusión que sólo puede entenderse desde el prejuicio de considerar que el *usufructuario poderoso* no es un representante del causante en su sucesión, sino que otorga dicho instrumento en nombre propio pero sobre los bienes del *de cuius*. Esta opinión haría también imposible que el comisario persona jurídica ejecutase su encargo vía testamento. En fin, la opinión del citado autor es aislada y tampoco la comparto.

*2.2. Capacidad para ser comisario.* El art. 32.1 LDCV establece que el mismo ha de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar en el momento en que ejercite el poder sucesorio[1986], es decir en el momento de otorgar el acto de ordenación sucesoria en el ejercicio de su poder, idéntica redacción a la del art. 34 Ley 3/1992, para Bizkaia, pues el Fuero de Gipuzkoa calló sobre el particular. No hay, pues, mayor aclaración legal al efecto, por lo que deberemos interpretar el precepto.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 hubo unanimidad doctrinal en que su capacidad de obrar, dependerá si el poder sucesorio se ejercita en testamento (la mínima antes vista de ser mayor de 14 años y no estar incapacitado); o en donación o pacto sucesorio, en cuyo caso, precisará capacidad para contratar que no será la no será la de disponer sino, por analogía con lo dispuesto en el CC para el albaceazgo (art. 983 CC) y el mandato, la necesaria para realizar el acto concreto a través del cual se cumpla el

[1982] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 368.

[1983] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72. También en la obra *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 169.

[1984] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. *"Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992, obra cit., pp.* 143. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 173. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *"Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco"*, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ed. 2016, obra cit., pp. 945. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 355 y 361.

[1985] GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 993.

[1986] SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 24-10-2019 y SAP de Bizkaia, sec., 5ª, de 01-12-2015 "Determinar si el testamento por comisario carece de validez, no es un acto a considerar a posteriori sino en el momento en el que el mismo se confiere, siendo una cuestión diversa el modo en el que el comisario ejercita el poder testatorio (art. 46 LDCFPV)".

encargo del comitente, por lo que siempre sería capaz el mayor de edad y también el menor emancipado sin necesidad de asistencia alguna (art. 1716 CC)[1987].

2.2.1. La edad exigible al comisario no viene regulada en la LDCV. La mayor parte de la doctrina entendió durante la vigencia de la Ley 3/1992 que el comisario precisaba, ora la capacidad para testar, ora la emancipación para la ejecución por donación o pacto sucesorio, por analogía con lo dispuesto en el CC para el albaceazgo y el mandato sin necesidad de asistencia alguna (art. 1716 CC)[1988]. Sin embargo tal opinión iba contra el texto de la E.d.M. de la Ley 3/1992 que afirmaba "c) Se equipara la capacidad para el otorgamiento del comisario y del causante (art. 34)".

Hoy en día ASÚA GONZÁLEZ[1989] entiende, con razón, que no hay una "capacidad mínima" para ser comisario, sino que será exigible en cada caso la precisa según el negocio de ejecución de la fiducia. Así, bastaría ser mayor de catorce años para realizar la ordenación en testamento notarial. Por otra parte, la donación que otorga el comisario en uso de su poder es un pacto sucesorio[1990] y para éste se exige mayoría de edad no emancipación (art. 100.3 LDCV). En este punto hay autores que siguen aceptando que el comisario meramente emancipado pueda otorgar pacto sucesorio en ejercicio de su poder[1991], en cuyo caso no es precisa la asistencia de sus padres o tutor para el desempeño de su cargo, tanto porque el comisario no dispone de sus propios bienes (art. 247 y 248 CC), como porque, el cargo de comisario es esencialmente personalísimo (art. 36.1 LDCV). OÑATE CUADROS[1992] entiende exigible la mayoría de edad, no bastando la emancipación. Reflexionando, he de darle la razón, pues como expone IMAZ ZUBIAUR[1993] la falta de regulación de la capacidad del instituyente por pacto sucesorio en la Ley 3/1992 llevaba por la supletoria aplicación del Derecho civil

---

[1987] CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco.* Tomo I, obra cit., pp. 141. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992,* obra cit., pp. 149 y 150. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 368.

[1988] CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco*. Tomo I, obra cit., pp. 141. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. *"Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992, obra cit., pp.* 149 y 150.URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 367. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72.

[1989] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 365.

[1990] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 367. FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, "Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 72.

[1991] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 367. FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, "Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 72.

[1992] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera. Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 789.

[1993] IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 293-304.

común a sólo exigir su emancipación, pero la LDCV (anteproyecto al tiempo de la obra de dicha autora), establece expresamente la exigencia de la mayoría de edad de los otorgantes.

2.2.2. Comisario y discapacidad. Dado el carácter personalísimo del cargo de comisario, habrá de verse el concreto alcance de su posible discapacidad:

a) La persona discapaz sujeta a curatela representativa (art. 269 CC) no puede ejercer como comisario pues conforme al art. 36.1 LDCV el cargo de comisario es personalísimo, lo que choca frontalmente con el objeto de la curatela representativa cuyo fin es al "tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación" (art. 249 CC). Y por aplicación supletoria, pues la sucesión por comisario es un poder y no sólo en mi opinión[1994], del art. 1732.4º CC conforme al cual el mandato se acaba "4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición". Entiendo que como en la regulación anterior la curatela representativa se adopta para grandes discapaces y queda excluida desde entonces toda función representativa, pues dispone el art. 249 CC que "En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas". Y, como mínimo, el discapaz no podrá ser comisario cuando se le exija la representación legal o la intervención o asistencia del curador para contratar y/o para disponer a título gratuito (arg. art. 287.3º CC).

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

(i) Ejercicio del poder testatorio en testamento. Si el comisario puede testar por sí y pasa el juicio de capacidad del Notario (art. 665 CC) podrá ejercitar el poder testatorio por este medio pero queda prohibida la intervención de guardador. Hemos de resaltar aquí la importancia de que, contrariamente al Derecho civil común, la legislación de Aragón, de Galicia o de Cataluña, todo comisario sujeto a la LDCV puede ordenar la sucesión del *de cuius* a través de testametno, sea el cónyuge viudo/pareja de hecho del causante o no.

(ii) Ejercicio del poder testatorio por medio de donación o de pacto sucesorio. El comisario necesitará plena capacidad de contratar y de disponer y no se admite la intervención formal del curador no representativo por motivo de dicho carácter personalísimo del cargo de comisario. Como argumento añadido entiendo, por analogía con el mandato (art. 1732.4º CC) que no podrá ejercer como comisario si se le establecen medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. Es decir, como no es imaginable la adopción medidas de apoyo para otorgar testamento o pacto sucesorio, no podrá el comisario otorgar pactos sucesorios que impliquen tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y

[1994] Desde el punto de vista gramatical, acierta ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362, al reconocer que el art. 43.2 LDCV afirma que la ejecución del cargo es una "disposición realizada en nombre" del causante, lo que es la nota característica de la representación directa.

establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario (cfr. art. 247 CC), ni otros tipos de actos o bienes cuando se le impongan medidas de apoyo para su actuación a título personal.

(iii) Privación al comisario de las facultades de administración. Cuando al comisario se le establezcan medidas de apoyo que incidan en sus facultades de administración de patrimonios, cabe plantearse si debe extinguirse su cargo conforme al citado art. 1732.4º CC. Sin embargo, entiendo que no. Encuentro la razón en que el cometido esencial del mismo es ordenar la sucesión del causante, no administrar el caudal relicto, que es secundario como resulta de la lectura del art. 37 LDCV. Efectivamente, para ejercer como comisario le bastará la capacidad para otorgar testamento, y, como hemos visto, incluso los sometidos a curatela representativa pueden testar si superan el juicio de capacidad del notario. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente, como la inhabilitación en el concurso de acreedores, son temporales, pues deben ser revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años (art. 268 CC) y dicha temporalidad no justifica la extinción del cargo y, por tanto, que no se cumpla con la voluntad del causante de delegar la ordenación de sus sucesión en cierto comisario. Cohonestando la suspensión de sus facultades de administración del comisario por las medidas de apoyo con las causas tasadas de extinción del poder sucesorio (art. 45 LDCV), quedarían en suspenso dichas facultades de administración, representación y disposición entre vivos del comisario, luego habría de proveerse a la administración durante ese ínterin, bien a cargo de de sustitutos previstos por el causante, bien un administrador judicial (art. 795 y ss. de la LEC). La diferencia que hallo con el concurso es que entre tanto, en el paréntesis de susbsistencia de las medidas de apoyo, las facultades del comisario de delegar la sucesión no se hayan suspendidas, el poder sucesorio seguiría vigente y podría ejercitarse a través de los títulos para cuyo otorgamiento fuera respectivamente capaz, pues no estamos ante una causa de inhabilidad, sino meras precauciones en torno a su capacidad, capacidad del discapaz se presume legalmente, valga la aparente contradicción.

(iv) Publicidad de la discapacidad y comisario. El problema que preveo es la ocultación (o desconocimiento de terceros, no presumo el dolo) de la discapacidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la incapacitación era promovida por los familiares, entre otros supuestos, a fin de poder disponer válidamente de bienes del discapaz con los que obtener recursos económicos. Ahora no se precisa ni siquiera medidas de apoyo porque el art. 269 CC establece en su párrafo primero el carácter subsidiario de la curatela (institución de guarda o "medida de apoyo" formal y estable del discapaz, art. 250 CC), que puede ser suplida ventajosamente por los poderes preventivos y prorrogados (art. 256 y ss. CC) o la guarda de hecho (art. 263 y ss. CC) que incluso habilitan, con autorización judicial para disponer de bienes del guardado en representación de éste.

2.2.3. El comisario y el concurso de acreedores. Acerca del comisario concursado o o quebrado defendía GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[1995] antes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que sí podía ser comisario el concursado o el quebrado, pues, pese a la dicción del art. 1732.3º CC, el mandante podía prorrogar el poder al quebrado/concursado o concederle uno nuevo. Tras la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, el comisario puede ejercitar sus facultades como tal, pese a la

[1995] Ibídem.

declaración de concurso, pues el art. 40 de la misma, sólo limita las facultades patrimoniales del deudor sobre su propio patrimonio[1996]. No obstante, si el concurso termina siendo calificado como culpable, una de sus consecuencias es (art. 445.1.2º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años. En este caso, cohonestando dicha inhabilitación con las causas tasadas de extinción del poder sucesorio (art. 45 LDCV), quedarían en suspenso las facultades de administración, representación y disposición entre vivos del comisario, luego habría de proveerse a la administración durante ese ínterin, bien a cargo de de sustitutos nombrados por el causante, bien un administrador judicial (art. 795 y ss. de la LEC). Entre tanto, en el paréntesis de la inhabilitación, las facultades del comisario de delegar la sucesión se hayan suspendidas, pero el poder sucesorio seguiría vigente. Por el contrario, si la inhabilitación se solapa con la extinción, se abriría la sucesión preventiva o abintestato con la inhabilitación no concursados[1997].

2.2.4. Se exige la capacidad necesaria al comisario al tiempo del ejercicio de sus funciones[1998]. Conforme al art. 440.1 CDCFAragón el fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante[1999]. La desventaja del sistema de la LDCV frente al aragonés es que el comisario menor de edad no podrá inventariar, administrar, ni representar la herencia, etc. Pero no me parecen obstáculos insalvables puesto que la administración y cumplimiento de los demás deberes por el comisario menor de edad, debería suplirse con la prelación de nombramientos que se establezca en el instrumento de nombramiento y, supletoriamente, a tenor del art. 37 LDCV. Y en cuanto al inventario, si no se aceptase el que el administrador presentase al efecto, podría ser judicialmente formado.

La consecuencia es que el Derecho civil vasco permite alargar más los plazos de ejercicio del poder testatorio, de modo que, aunque el comisario ha de ser designado directamente por el causante, la encomienda puede recaer en un menor de edad. Si no se permitiera esa falta de capacidad entre la apertura de la sucesión y la llegada del comisario a la edad necesaria, dicha incapacidad del comisario, extinguiría automáticamente el cargo y la herencia no se sería ordenada por comisario, sino abintestato o conforme a testamento preventivo, cosa que no quiso el causante. Asimismo, algunos autores entienden que el art. 32.1 LDCV no prohíbe que haya de considerarse que el comisario también ha de tener la capacidad exigible al tiempo de

[1996] En tal sentido se pronunciaba, mucho antes de promulgarse la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, CELAYA IBARRA, Adrián*, en El testamento por comisario,* obra cit., pp. 782.

[1997] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 169 y URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 367 y 368.

[1998] Cfr. SAP de Bizkaia, sec. 4ª de 01-02-2019.

[1999] Según PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 595, ello es coherente con la posibilidad de renuncia o aceptación de su cargo y la capacidad necesaria para el inmediato cumplimiento de sus deberes y según MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 50 y 120, su fin es evitar dilaciones excesivas en el ejercicio de la fiducia, hasta que el fiduciario sea mayor de edad.

abrirse la sucesión[2000]. Pero no comparto esa opinión por ir contra la interpretación gramatical e histórica del precepto, igual al art. 34 Ley 3/1992.

**3. El sucesor.**

*3.1. Legitimación para suceder por comisario.* Elección *in incertum de certis* vs. libertad de institución y de distribución del comisario. Entre la libérrima elección de sucesor que permitía el art. 32 Ley 3/1992 al comisario sujeto al Fuero de Bizkaia y la constricción a dos grupos que fijaba el art. 164.2 Ley 3/1992 (Fuero de Gipuzkoa), la LDCV adopta una posición intermedia.

3.1.1. Se exige al causante el señalamiento de una gama de potenciales sucesores de la ordenación por comisario (art. 33.1 LDCV). Pero esta designación es mero presupuesto de la eficacia de la ejecución[2001], no de la validez de la ordenación de la sucesión por comisario. Sólo GIL RODRÍGUEZ[2002], en relación al *usufructo poderoso* ayalés pero en afirmación trasladable al comisario vasco, afirma que si faltara esta nominación, expresa o implícita, de posibles sucesores, la constitución del usufructo poderoso devendrá ineficaz debido a que el causante ha renunciado a conducir voluntariamente su tracto sucesorio más allá de conferir el mero disfrute usufructuario. Esto es, en palabras de su compañera de cátedra ASÚA GONZÁLEZ[2003], porque ha abdicado de toda responsabilidad en ordenar su propia sucesión, lo que no es admisible, exigiéndose al causante como mínimo el señalamiento de la gama de posibles sucesores.

La falta de determinación por el causante del potencial grupo de sucesores, no arrastra su invalidez del nombramiento. Como argumento, aparte de que dicho supuesto no viene contemplado en el art. 45 LDCV como causa de extinción, invoco que es la propia Ley la que, a falta de dicha determinación, efectúa la elección, a saber: el viudo/pareja de hecho, sucesores forzosos o parientes tronqueros existentes al tiempo de ejercicio o frustración del poder testatorio no al momento de instituirse al comisario (art. 32.3 LDCV). Otro argumento es el histórico, aportado por URRUTIA BADIOLA[2004], que la LDCV ha recogido una mera práctica notarial y por tanto una norma con carácter meramente dispositivo. Igualmente, es de ver que (art. 32.3 LDCV), a falta de dichas personas, el comisario podrá designar sucesores libremente.

Así, integrados los ap. 2 y 3 del art. 32 LDCV con su art. 30.2, la interpretación natural es que, dado que el comisario podrá lo mismo pero no más que el causante (art. 41.1 LDCV), habrá de respetar las legítimas, troncalidad, reservas y reversiones. En consecuencia, el comisario puede disponer como bien le parezca dentro del grupo de

[2000] ARZANEGUI SARRICOLEA, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio. En Derecho sucesorio: El poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil.", obra cit., pp. 142. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 947.

[2001] Así, URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 375.

[2002] En sentido contrario, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 984-986.

[2003] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 948.

[2004] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 377.

personas cuya genérica delimitación no tiene cortapisas para el causante. Y, en el supuesto de que este último no señale el grupo de beneficiarios, por defecto, queda configurada, valga la expresión, una *legítima larga* en la sucesión por comisario que no la hay en la testamentaria o contractual ordenada directamente por el causante[2005]. Me refiero a que, a falta de determinación por el causante de las gamas de sucesores entre los que el comisario deba hacer la elección, éste sólo podrá atribuir todos los bienes a los legitimarios, tronqueros o al cónyuge. Y como los tronqueros preferentes son los legitimarios y el cónyuge generalmente el comisario con sus limitadas facultades de autoatribución ya indicadas, dichos descendientes tendrán derecho a una atribución sucesoria mucho mayor que el tercio de legítima.

3.1.2. El causante conforme a su libertad dispositiva (art. 46 LDCV) podrá autorizar al comisario a salirse del círculo de beneficiarios, siempre a salvo la legítima, troncalidad y derechos viduales según URRUTIA BADIOLA[2006].

3.1.3. En cuanto al grado de determinación o detalle exigible al causante para señalar los sucesores, ni el texto, ni la E.d.M. de la LDCV nada dicen. Mas la Memoria del "Primer anteproyecto de Ley de Derecho Civil Vasco"[2007] aclara que "el proyecto decide hacer general, con algunas adaptaciones, la regulación de esta forma de testar en Bizkaia, donde la ley de 1 de julio de 1992 la había extendido ya a las villas, aunque también recoge algunas peculiaridades del poder testatorio en la reciente ley de transmisión del caserío guipuzcoano, especialmente la exigencia de que se determine la identidad de los presuntos sucesores". Esta "determinación" de la "identidad" no puede acogerse muy literalmente, no es necesario que se identifiquen con sus nombres y apellidos, sino que se refiere a señalar gamas o categorías de personas, como demuestran la práctica de los documentos notariales[2008], o en opinión de ASÚA GONZÁLEZ[2009], que comparto, basta que "se delimite el ámbito de posibles sucesores (…) o, cuando menos, de los fines a los que aplicar el caudal (tratándose entonces de ordenaciones mortis causa de carácter no sucesorio)". Tiene razón MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2010] cuando afirma que, en suma, el fiduciario tiene la facultad de elegir al sucesor entre las personas que el causante designe por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado.

3.1.4. Dentro de la libertad del causante de designar como sucesores al grupo de personas que desee, sin límite alguno, cabe la posibilidad que ora nombre a personas de imposible existencia, ora que omita o que excluya a sus legitimarios, parientes tronqueros o viudo.

---

[2005] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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.

[2006] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 377.

[2007] Real Sociedad Bascongada de Amigos del País. *Primer Anteproyecto de Ley de* Derecho civil vasco, obra cit., pp. 27.

[2008] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, en Andrés-María Urrutia Badiola (dir./coord.)-, *Praxis de Derecho civil vasco*. AVD/ZEA y GOMYLEX, Bilbao, 2018. ISBN 978-84-17279-00-4, pp. 69 y ss.

[2009] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 948.

[2010] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel*, La Fiducia Sucesoria Aragonesa,* obra cit., pp. 71.

a) En el caso que el grupo de legitimarios, tronqueros o viudo fuere preterido por el causante al fijar la gama de potenciales beneficiarios ¿podrá el comisario prescindir la voluntad del causante y cumplir con las obligaciones legitimarias, troncales o viudales de la herencia? Entiendo que no conforme al art. 33.1 LDCV que impone "desempeñará" la fidelidad al poder conferido. Pero el comisario podrá y deberá, ora no aceptar, ora renunciar al cargo para evitar la litigiosidad, pues cualquier atribución que efectúe resutará ineficaz, sea por ir contra las instrucciones del causante si beneficia dichos sucesores legales, sea porque resulte ineficaz debido a las acciones de protección de la legítima, si bien en este último caso la demanda correspondiente se dirigiría contra los beneficiados indebidamente. En tal caso, como la legítima vasca, sólo a favor de hijos y descendientes es de un tercio del valor neto hereditario (art. 48 y 49 LDCV), pudiendo ejercitar el comisario su poder en uno o varios actos (art. 42 LDCV) será difícil hallar el momento en que las atribuciones devengan inoficiosas (art. 51 LDCV).

b) En el supuesto que el grupo de potenciales beneficiarios sea de imposible existencia presente o futura, nos hallaríamos ante una condicición imposible, que se tiene por no puesta a tenor del art. 792 CC: "Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa"). En tal caso el comisario no tendría una gama obligatoria de presuntos sucesores entre los que elegir señalados por el testamento sino por la ley, de modo que deberá ejercer el cargo con respeto a las normas legitimarias del causante (art. 9.8 CC y art. 30 y 33.3 LDCV).

*3.2. Capacidad del sucesor por comisario.*

3.2.1. El sucesor debe ser capaz en el momento del ejercicio del poder o al fallecimiento del testador (art. 32.2 LDCV). Lógica opción, pues es el momento de la delación (art. 17.2 LDCV)[2011], que será por definición posterior al fallecimiento del testador. Nada se dice respecto a qué capacidad sea exigible al sucesor, por lo que hay que entender que es la del Derecho Común ex art. 3.1 LDCV[2012], tanto en cuanto a la capacidad jurídica (cfr. art. 744, 766 y 791 CC, que incluye las causas de indignidad), como en la de obrar para aceptar o repudiar el llamamiento sucesorio que se les ofrezca (art. 992 y ss. CC). También la causa de indignidad para suceder podrá ocurrir luego del óbito del causante[2013].

---

[2011] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72.

[2012] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. *"Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992, obra cit., pp.* 153. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 72. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 369.

[2013] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366 y 377. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 368.

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

Y conforme al art. 287-5º CC el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. En este punto hemos de tener en cuenta que respecto de la sucesión testada o abintestada, la LDCV no consagra una aceptación a beneficio legal de inventario. La aceptación a beneficio de inventario (art. 998 y 1023 CC) es subsistente bajo el régimen de la LDCV (cfr. art. 117, 139 y 143 LDCV) y aconsejable. Aconsejable porque el art. 21.2 LDCV no es equivalente al art. 1023 CC, pues de los tres efectos que este último concede (limitación de responsabilidad del heredero, no fusión de patrimonios del causante y del heredero y no extinción de deudas entre causante y sucesor por confusión), dicho art. 21.2 LDCV sólo concede uno, la limitación cuantitativa de responsabilidad[2014].

b) Pactos sucesorios. El art. 100.3 LDCV exige que el otorgante, no sólo el instituyente, sea mayor de edad. Pero como su aceptación no es un acto personalísimo, cabe que la preste vía representante, éste sí mayor de edad, tanto mediante representación voluntaria como la legal y también con la asistencia o intervención del guardador, según los casos con respectiva sujeción a las normas de la aceptación de los llamamientos a la herencia o a legados, pues la equiparación entre heredero y sucesores paccionados a título universal y legatarios y sucesores paccionados a título singular es impuesta por el art. 103 LDCV. En tal sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO[2015]: "No es preciso que concurra al contrato el favorecido por la disposición, bastando la presencia, como contraparte. de cualquier sujeto capaz".

c) Donaciones. Los autores entienden que el donatario no precisa la capacidad de contratar (art. 626 CC) sino la natural de aceptar (RDGRN de 01-07-1920)[2016]. Pero esta resolución es aislada y es criterio más seguro la capacidad plena también por aplicación del art. 992 CC. En todo caso en el supuesto de "sustituciones, cargas, obligaciones y condiciones" a que haya de sujetarse la donación (art. 626 y 103 LDCV) será precisa dicha capacidad de contratar, en su caso, con la asistencia o representación (autorizada judicialmente, cfr. art. 287, ap. 3º y 5º CC).

---

[2014] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2018, Nº. 28, 2017, pp. 618.

[2015] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, en *Derecho de sucesiones I. Parte general, sucesión voluntaria,* obra cit., pp. 719.

[2016] RDGRN de 01-07-1920 citada por CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 198 y 199. Y también citada por GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181.

d) Partición hereditaria. La redacción dada por la Ley 8/2021 a los art. 1052[2017], 1057[2018] y 1060[2019] CC no cambia mucho pues dispone que se estará a lo dispuesto en las medidas de apoyo y la partición efectuada por el curador con facultades representativas no requerirá autorización judicial pero sí posterior aprobación. Pero como el comisario puede hacer la íntegra ordenación y ejecución de la herencia, bien por bien, con los apartamientos y repartos que convenga, el discapaz se ahorra esos trámites adicionales pues bastará que acepte su llamamiento.

3.2.2. La existencia de dos momentos alternativos para que el sucesor sea considerado capaz, ora el ejercicio del poder testatorio, ora en el momento del fallecimiento del causante, responde según URRUTIA BADIOLA[2020] a facilitar la sucesión del "concepturus" a través del juego de las sustituciones, si bien con el límite contra excesos del art. 32.3 LDCV ("Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes") que analizaremos más adelante. GALICIA AIZPURUA[2021] va más allá y entiende, con razón, que los concebidos aún no nacidos, caso de que lleguen a adquirir personalidad, y los *nasciturus* al fallecimiento del causante que existieron en el momento de ejercicio del poder testatorio pueden considerarse sucesores y legitimarios según dicha regla. Dicha solución a favor del "concepturus" y del "nasciturus" se observa en la STSJ de Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 26-01-2005[2022] e implícitamente en la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 01-07-2004[2023]. Cuestión diferente es, en mi opinión, que no puede el comisario

[2017] Art. 1052 CC: "Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas".

[2018] Art. 1057, pfo. 4º CC: "Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas".

[2019] Art. 1060 CC: "Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial. La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento".

[2020] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 368.

[2021] GALICIA AIZPURA, Gorka, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 350.

[2022] "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".

[2023] "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

exceder el plazo voluntario o legal establecido para el ejercicio de su cometido (art. 45.1 LDCV).

## V. REQUISITOS OBJETIVOS DE LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO.

Dispone el art. 30 LDCV que "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", precepto que es reproducción de los art. 34 Ley 3/1992 y del art. 15 de la Compilación, constituyendo una directa enmienda a la totalidad, punto por punto, de las prohibiciones de delegar dispuestas en el art. 670 CC: de nombrar herederos y legatarios, o de permitir su subsistencia, o de distribuir entre los nominalmente así instituidos.

El cometido del comisario tiene un contenido esencialmente patrimonial pero va más allá y se adentra en lo familiar[2024]. MERINO HERNÁNDEZ opinó[2025] que las facultades del comisario vasco en el orden familiar son más limitadas en la Ley 3/1992 que en la normativa aragonesa, la cual comprende todo lo que es "ordenar la sucesión", concepto que define como la facultad de "realizar cuantos actos sean precisos para que el acervo hereditario de una persona quede en disposición de ser continuado por otra u otras y ese acervo está constituido no solamente por bienes y derechos, sino también por todo un conjunto de relaciones patrimoniales y personales que, con la muerte de su titular, han de transmitirse a sus sucesores" [2026].

No obstante la opinión de dicho autor sobre la Ley 3/1992, entiendo que tal sentido completo de "ordenar la sucesión" puede ser hallado en la LDCV, así, art. 19, 24.2, 29.1, 30, 96, hasta el punto que en Derecho civil vasco que, mientras que el heredero no es el *iusrromanista* continuador de la personalidad del causante, sino sólo un sujeto subrogado en su patrimonio (art. 19.2 LDCV)[2027], paradójicamente, el comisario es algo más cercano a esto último, 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[2028].

---

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"

[2024] Implícitamente ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 362.

[2025] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 81 y 88,

[2026] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 34, 47, 89 y sobre todo la 76 donde atribuye la expresión al Proyecto de Apéndice de Gil Bergés.

[2027] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", obra cit., pp. 611.

[2028] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 70.

**1. Contenido no patrimonial de la sucesión por comisario.**

*1.1. La sustitución de las patrias potestades, tutelas y curatelas de los sucesores por la figura del comisario.*

1.1.1. Sustitución de las patrias potestades, tutelas y curatelas por la figura del comisario en sentido estricto. Tras su reforma por la Ley 8/2021 los art. 164.1, 225 y 252 CC permiten que los bienes atribuidos a título gratuito, sea a los menores bajo la patria potestad de sus progenitores, sea a menores sujetos a tutela o a discapaces sujetos a medidas de apoyo, queden sometidos, no a la administración de sus padres, tutores o curadores, sino de las personas que al efecto designe el disponente, con las reglas que señale. Incluso en el caso de los sujetos a tutela y curatela podrán serles conferidos a estos administradores facultades de disposición sobre dichos bienes. Por tanto dichos administradores pueden ser investidos ampliamente por el disponente con facultades sobre los bienes concernidos, que vayan desde meras funciones de asesoramiento hasta tener la representación de la persona sujeta a guarda, pasando por su intervención de los actos de administración y disposición. Ahora bien, como bienes que pasan a ser parte del patrimonio de dichas personas sujetas a las citadas instituciones jurídicas de guarda, las funciones no conferidas al administrador corresponden al guardador legal (padres, tutor o curador) y, en todo caso, quedan sujetos a la supervisión de la Administración pública, inclusive una posible remoción de sus cargos[2029].

Pero estos terceros administradores señalados por los atribuyentes de los bienes adquiridos a título gratuito por los menores o discapaces palidecen frente a las posibilidades que otorga la sucesión por comisario. Es más sencillo que dichas personas sujetas a guarda nada adquieran directamente del causante, y, en cambio sus necesidades vitales sean satisfechas por la herencia pendiente el poder testatorio encomendada al comisario. Efectivamente, éste además del deber de prestar alimentos a los descendientes del causante (art. 38 LDCV), podrá y deberá ser instruido por el causante sobre cómo guardar a los protegidos (art. 30.1 LDCV) quienes como no tienen sino un derecho potencial, mera expectativa a la sucesión, la administración y disposición de los bienes quedan a recaudo de la intervención del Estado (art. 249 y 270 CC).

Además de esta *encomienda patrimonial total*, vislumbraba URRUTIA BADIOLA en 2016[2030] varias posibilidades:

---

[2029] Sobre los menores sujetos a patria potestad, consciente de que ésta no es la situación de guarda objeto del presente estudio, es interesante la aproximación al tema que hace FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, Francisco. "La autotutela", en Ignacio Serrano García (Coord.) *La protección jurídica del discapacitado. I congreso regional*. Tirant lo Blanch Valencia, 2003, ISBN X4-8512-835-4, pp. 64 y 65. Se pregunta en qué medida podrán los padres limitar la intervención judicial y cita a Martínez Sanchiz, para quien el padre que nombra al tutor, o el testador o donante que deja bienes al menor, podrá cambiar el órgano que deba otorgarlos, es decir, podrán señalar las personas, diferentes del tutor o administrador, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el Código civil. Y cita a los abuelos, los hermanos, dos parientes más próximos, o una Fundación de tipo tutelar. Concluye FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA con un argumento plenamente aplicable al Derecho civil vasco cuando invoca la RDGRN de 05-11-1887, la libertad del disponente para articular medios de autorización alternativos, lo que en la LDCV se observa en el art. 46, de modo que la voluntad del ordenante debe prevalecer.

[2030] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María "Nota breve sobre capacidad y Derecho civil vasco", obra cit., pp. 620-622. Como es de leer se trata del Texto de la ponencia presentada en la Jornada del 25 aniversario de ALIND-UBIE "Capacidad y Derecho civil vasco" (Bilbao, 25/05/2016).

1.1.2. Testamento preventivo del causante y discapacitados. Entiende dicho autor conveniente para proteger al discapaz en dicho supuesto, el establecimiento de un testamento preventivo, que prevea el estatus del hijo con capacidad judicialmente limitada en caso de imposibilidad de ejercicio del poder testatorio por fallecimiento conjunto de los padres o imposibilidad de su ejercicio por el consuno o extinción del mismo.

1.1.3. El comisario como paracurador. Asimismo apunta el citado autor que el propio comisario podría ser un "paracurador", el administrador patrimonial del hijo que, sin contar con medidas de apoyo, tenga un cierto entorno patrimonial propio, para lo cual sería necesario configurar dicho cargo con unas facultades de administración o disposición amplias, que hoy posibilita la ley e incluso la voluntad del comitente, auque en ocasiones pueda requerirse la intervención judicial. El causante podrá establecer los órganos de administración de los bienes de que disponga que estime oportuno recayendo en la persona del comisario el cargo de administrador, así como también la facultad de disposición por éste de los dejados a personas sujetas a tutela o curatela.

1.1.4. Por fin, recordemos que el propio comisario al ordenar la sucesión del causante también podrá establecer los regímenes especiales de administración y disposición del patrimonio así dejado a los menores o discapaces, previstos en los art. 164.1, 225 y 252 CC.

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

Asimismo, si además del otorgamiento de mandatos prorrogados (art. 256 CC) y de protección (art. 257 CC) o la institución de la autocuratela (art. 271 CC), se ordena la sucesión por comisario, el patrimonio del causante tendrá un tránsito *suave*, desde la plena capacidad del mismo, pasando por su discapacidad con apoyo en una persona, quien se convierte en comisario tras su muerte en comisario que ordene su sucesión.

*1.3. Nombramiento de comisario y patrimonios protegidos.* Conforme al art. 1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria la finalidad de los patrimonios es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Estando la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, con las debidas instrucciones del causante, ya tenemos un patrimonio autónomo destinado a la protección del discapaz o menor con todas las ventajas de que no tendrá intervención administrativa alguna, amén de un favorable trato fiscal. E incluso el discapaz o menor, por tener una solvencia más reducida, podrá con mayor facilidad recibir ayudas públicas.

Pero cuando haya de ejercitarse el poder testatorio, ahora el art. 3.1.c), en la nueva redacción dada por la Ley 8/2021 permite al comisario constituir un patrimonio protegido siempre que esté autorizado al respecto por el causante. Esta previsión encaja perfectamente con el señalamiento de la gama y reglas para determinar beneficiarios en la sucesión por comisario (art. 33.1 LDCV).

Debemos hacer notar que tal posibildad fue contemplada por primera vez por el Fuero Nuevo de Navarra se adelantó, por tanto, al resto de los Derechos civiles autonómicos de España a través de su modificación por la Ley Foral 21/2019, de modo que permite al fiduciario "constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia", con lo que el comisario sujeto a la LDCV ahora ha adquirido tal facultad.

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

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 dicha obligación del comisario se entendía que le otorgaba una legitimación como la del art. 229 CC[2031] para instar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (art. 231 CC y 44 LJV), lo que permitía nombrar tutor a los menores descendientes del causante en situación de desamparo. Sin embargo, como dice ASÚA GONZÁLEZ[2032] el comisario carecía de legitimación para pedir la incapacitación de los descendientes menores o incapacitados del causante, de modo que dicho art. 39 LDCV sólo le autorizaría para promover el nombramiento de tutor respecto de los menores no emancipados de tutor o curador si ese nombramiento no se hubiera realizado en la sentencia de incapacitación o si el nombrado no pudiere ejercer el cargo. Todo lo más, el comisario también podría instar la modificación de capacidad si estuviera legitimado personalmente, no como comisario, para ello y, si no lo estuviera, de poner la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021 entiendo que el comisario sigue pudiendo pedir el nombramiento de tutor para los descendientes menores del causante (art. 206 CC) que asimismo se tramita por Expediente de Jurisdicción Voluntaria (art. 208 CC y art. 44 LJV). Cabría plantearse si ahora el comisario puede pedir del Juez que acuerde medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica del descendiente del causante que las precise.

Como argumentos en contra militarían que tanto el art. 42 Ley 3/1992 como el actual art. 39 LDCV están pensados conforme al sistema de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en el que la constitución de la tutela o curatela era el mero nombramiento de la persona a ocupar el cargo previa incapacitación o declaración de prodigalidad (art. 760 LEC, en su anterior redacción) que eran el elemento esencial pues alteraban el estado civil de la persona al de *incapacitado*. Como argumento histórico en contra citamos a

[2031] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 403.
[2032] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 370.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2033] para quien el objeto del primitivo art. 42 Ley 3/1992, que carecería de antecedentes legales según él, es evitar que los hijos y descendientes del testador que no tengan parientes llamados por la Ley al ejercicio de la tutela queden desamparados, ampliando el círculo de las personas obligadas a constituirla.

Como argumentos a favor contaríamos la literalidad de la expresión "El comisario está obligado a pedir la constitución de la curatela" usada por el art. 39 LDCV, en relación a la interpretación gramatical del art. 269 CC, que en su redacción por Ley 8/2021 dice "La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad". Y los art. 44 LJV (expedientes no litigiosos relativos a la tutela y la curatela) y el art. 760 LEC (proceso con oposición) en su nueva redacción ya no distinguen entre las dos fases sucesivas de incapacitación y de nombramiento de curador sino que ahora se adopta directamente la medida de apoyo del discapaz del nombramiento de un curador, "se constituye la curatela", haya acuerdo en la persona concreta o no (art. 42.bis.5 LJV). Y como argumento histórico a favor de la posibilidad de que el comisario pida la constitución de medidas de apoyo a los descendientes del causante tras la Ley 8/2021 citamos DE JADO Y VENTADES[2034] cuando recuerda que en la *Tierra Llana de Bizkaia* el padre y la madre solían hacer nombramiento testamentario de tutor o curador al otro cónyuge sobre los hijos comunes menores, relevándole de la obligación de prestar fianza, tutela testamentaria sólo en defecto de la cual se preveía la tutela legal (ley 1ª del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya). Además, la Ley 31 de Toro menciona expresamente la posibilidad de entregar al comisario la dación de tutor, Leyes de Toro supletorias del Fuero Nuevo de Vizcaya[2035]. Y así parece haber al menos un caso en Bizkaia en que el albacea "testamentario" ejerce de tutor de los hijos del causante[2036].

Otros contenidos no patrimoniales en relación a la sucesión por comisario son[2037]:

*1.5. Contenidos personalísimos del testamento no delegables.* Sin ánimo exhaustivo citamos el reconocimiento –activo y pasivo- de hijo extramatrimonial (art. 120, 126 y 741 CC); disposiciones acerca de entierros y funerales del testador (art. 902.1° CC); el consentimiento para la fecundación *post mortem* (art. 9.2 de la Ley 35/88); y el mal llamado "*testamento vital*", o sea, una disposición personal que recoge la voluntad del individuo sobre los cuidados y el tratamiento médico aplicable a su salud, en un momento en el que él, por sí mismo, no puede manifestar dicha voluntad

[2033] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 172.
[2034] JADO Y VENTADES, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*., obra cit., pp. 84, 180-182.
[2035] SARRIÓN GUALDA, José, "El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro", en *Anuario de historia del derecho español*, 2005, Nº 75. ISSN 0304-4319, pp. 249 y ss. DE JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho Civil de Vizcaya*, obra cit., pp. 269, afirma que "*En las leyes de Toro encontramos resueltas las omisiones de que adolece la ley del Fuero y lo dispuesto en aquellas ha de suplir la deficiencia de ésta.*", costumbre de la que se lamentó CELAYA IBARRA, Adrián, p.ej. en Derecho civil vasco. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4, pp. 139 y 304.
[2036] Un ejemplo en MONASTERIO AZPIRI, Icíar, *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Gobierno Vasco y Universidad de Deusto, Bilbao, 2002. ISBN: 9788445717370, pp. 256.
[2037] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 182.

(Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento Vasco, de las Voluntades Anticipadas en el ámbito de la sanidad).

*1.6. Contenidos personalísimos del testamento sí delegables.* Son la designación de las personas que hayan de ejercitar ciertas acciones relativas a la protección del honor, intimidad y propia imagen de la persona fallecida (art. 4 de la LO 1/82) y el ejercicio de derechos morales de autor sobre su obra (art. 15 de la Ley de Propiedad Intelectual).

*1.7. Contenidos patrimoniales no sucesorios delegables y no delegables.* Se puede delegar la ordenación en la sucesión en bienes vinculados, bienes derechos que no integran el caudal por tener un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley o que están desvinculados de la sucesión (art. 146 LDCV). No se puede delegar la ordenación en la transmisión de los arrendamientos urbanos (art. 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre) aunque sí los rústicos (art. 24.e) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos). Tampoco se puede delegar la designación por el comisario del beneficiario del capital de un seguro de vida con tercero beneficiario (art. 82, 85 y 88 Ley de Seguros 1980), los beneficiarios de planes de pensiones y los beneficiarios de de entidades de previsión social voluntaria, pues no forman parte de la herencia del causante, objeto de la ordenación por el comisario (art. 30 LDCV).

**2. Contenido patrimonial del poder testatorio.**

CELAYA IBARRA ya en 1972[2038] categorizó en cuatro las facultades de ordenación del comisario, categorización asumida posteriormente de consenso en la doctrina[2039] y que hemos ido utilizando a lo largo de esta tesis, por su gran claridad.

Ha habido otras clasificaciones, en particular destaca la extractada por PÉREZ ÁLVAREZ[2040] de diversos documentos notariales y judiciales. También URRUTIA BADIOLA[2041] hace en sus formularios notariales su propia tipificación.

---

[2038] CELAYA IBARRA, Adrián. *El Testamento por* comisario, obra cit., pp. 765.

[2039] a) La designación, de heredero o herederos; b) distribuir los bienes del causante, en la forma que tenga por conveniente y, por tanto, en partes iguales o desiguales; c) fijación de sustituciones, condiciones, fideicomisos, y d) señalamiento y pago de legítimas). Así MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 90. 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*, Tomo I, obra cit., pp. 869. CERDÁ JIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1384.

[2040] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 60: : "A los títulos de atribución: "Haciendo las instituciones de herederos, legados, mejoras, donaciones, exclusiones o apartamientos que a bien tuviere" (por todas, SAP Vizcaya 7 abril 2004), o empleando frases con contenido análogos (…) Así: "Nombrando heredero o herederos, señalando legítimas y ordenando legados" (STSJ Aragón 6 junio 2007) o recurriendo a expresiones similares [SS TSJ País Vasco 17 septiembre 1996, TS 12 marzo 2002, TS 2 abril 2003 y AP Valencia 6 julio 20121]. (…) iv) Al tratamiento desigual de los destinatarios del poder: "Dando a cual más y a cual menos" [STSJ País Vasco 17 septiembre 1996 «A modo de síntesis que comprende el contenido de las cláusulas hasta aquí expuestas, en el negocio constitutivo contemplado en la sobrevivir al otorgante pueda disponer de los bienes del testador entre sus hijos y descendientes comunes, actuales o futuros, ya sea por actos inter vivos o por testamento, de una sola vez o en actos sucesivos, dando o dejando dichos bienes a uno o a varios de sus hijos y descendientes, o distribuyéndolos por igual, haciendo las instituciones de herederos, legados, mejoras, donaciones, exclusiones o apartamientos que a bien tuviere»] (…) Con el mismo contenido, vid. SAP Zaragoza 29 abril 2011. O también: "dando o dejando

Pero preferimos la citada clasificación de facultades que según CELAYA IBARRA, corresponden al comisario ordenadas como sigue.

*2.1. La facultad del comisario de designación de herederos y legatarios, tanto en bienes troncales como no troncales, muebles o inmuebles.* Tal y como hemos visto en la parte de esta tesis relativa a la naturaleza jurídica de la institución, el comisario no es un mero *nuntius*, mero portavoz o testigo cualificado de la voluntad del causante. Tampoco un fiduciario o mero confidenciario que afina o precisa la voluntad del testador. Menos aún, un mero ejecutor o albacea o contador-partidor. El comisario actúa generalmente a su libre albedrío por cuenta causante mismo tras su muerte (art. 33.1 LDCV), ejercitando sus facultades de transmitir su patrimonio, pues dispone el art. 30 LDCV un texto idéntico al del art. 15 Compilación y el art. 323 Ley 3/1992: "El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le corresponda en orden a la transmisión sucesoria de los mismos". Esta redacción no varía mucho respecto de la del Fuero Viejo de 1452, Capítulo CXXVII ("… puedan facer mandas é testamento é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles, é raices como quisieren é por bien tovieren…")[2042] ni la del Fuero Nuevo de 1526, ley III del Título XXI ("… hagan los tales Comissarios el tal Testamento, y institucion, ó instituciones de herederos (…) puedan hacer la eleccion, y institucion, y nombramiento de heredero, ó herederos…". En consecuencia:

2.2.1. El comisario ejercerá su función sobre los bienes que expresamente le encomiende el testador, que pueden no ser todos los que deje a su fallecimiento. Resulta corriente que en el propio instrumento de concesión de poder se ordenen legados que quedan puertas afuera de la competencia del comisario. En defecto de que al comisario se le constriña su función a ciertos bienes, ordenará toda la sucesión del causante.

2.2.2. El comisario no precisa nombrar heredero para la validez de su ordenación sucesoria. No estoy de acuerdo con IRIARTE DE ÁNGEL[2043] cuando afirma que la institución de heredero debe existir en toda herencia, fuera del caso de división de toda la herencia en legados.

---

dichos bienes a uno o a varios de sus hijos y descendientes, o distribuyéndolos por igual" [SS AP Vizcaya 7 abril 2004 y AP Valencia 6 julio 2012]; "en partes iguales o desiguales" [SS TS 24 febrero 1936 y TSJ Islas Baleares 30 septiembre 20101]; "en la cuantía y proporción que decida" [SAP Huesca 14 febrero 1997], o que "estime conveniente" [SSTS 10 octubre 1977, TS 8 mayo 1982 y TSJ Aragón 10 marzo 2006]".

[2041] Cfr. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, *Praxis de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 69 y ss.: "1) Facultades de utilización: Disponer de sus bienes, derechos y acciones, incluida la legítima del comitente, en favor de sus hijos/as y descendientes comunes (… o terceros), dando a unos más y por lo tanto a otros menos, o a partes iguales, haciendo al efecto las donaciones, legados, instituciones de herederos, pactos sucesorios, u otros negocios de atribución patrimonial que considere conveniente, con (…) 4) Autoadjudicación de bienes por el/la comisario/a y pago de legítima (…) 6) interpretación de las facultades del/de la comisario/a…".

[2042] AIZPURUA ONDARO, Gontzal. *Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco. Antecedentes Forales, Legislación Civil General, Otras legislaciones forales o especiales, Legislación Constitucional,* jurisprudencia. Instituto de Estudios Vascos, Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, Bilbao, 1998. ISBN 84-7752-182-4, pp. 87 y 88.

[2043] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de 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*, obra cit., pp. 236.

Aparte que, lo mismo que en Derecho civil común, no hay precepto alguno que así lo exija, la institución de heredero no es lo preferible como medio de ejecución del poder testatorio, pues en su naturaleza va ínsito su ejercicio en varios y sucesivos actos acompasados a las necesidades u otros criterios que observe el comisario (art. 42 LDCV). El heredero sólo tiene sentido como fase final, como cláusula de cierre del sistema, "cajón de sastre" de imputación de activos y pasivos hereditarios de lo que quede residualmente, ora porque el comisario entienda que debe dar por concluida la ordenación sucesoria, ora por aplicación tras el fin de su cargo de las disposiciones del testamento preventivo o incluso por abrirse el abintestato respecto de los bienes no asignados a sucesor alguno de ninguna de las anteriores maneras.

Por lo tanto, al revés que en los Derechos Forales o Especiales de base romanista (Baleares, Cataluña o Navarra) no es tan importante en Derecho civil vasco la designación de heredero como el uso de la facultad de distribución que veremos de seguido. Por tanto estoy más de acuerdo con lo que manifiesta dicho autor[2044] sobre el carácter no personalista, sino patrimonialista del fenómeno sucesorio en la LDCV, donde no es tan importante un sucesor en la personalidad del causante, como en la titularidad de los bienes que deja a su muerte[2045].

Por fin recordemos que el art. 19 LDCV establece por primera vez en Derecho Civil Vasco, sin recurrir al Derecho civil común supletorio, los respectivos estatutos de herederos y legatarios, equiparados a los llamamientos a título universal o singular en los pactos sucesorios (art. 103 LDCV).

*2.2. La facultad del comisario de distribución de los bienes hereditarios.* Esta facultad, a "contrario sensu" de la última proposición del art. 670 CC puede ser definida con CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT[2046] no tanto como la designación formal de un único heredero (facultad de elección o de designación), como en la potestad de repartir los bienes hereditarios (a título de heredero, legatario u otros, libremente o con condiciones, términos y modos) entre una o varias personas (beneficiarios) que forman parte de un grupo determinado de personas (cfr. art. 32, ap. 2 y 3 LDCV).

En este punto recordemos que la legítima de los hijos y descendientes en la LDCV es, colectiva[2047], de libre reparto por el causante entre aquéllos, o, en feliz expresión de GALICIA AIZPURUA "por tanto, hasta que aquél no proceda a la efectiva

---

[2044] Ibídem, pp. 219.

[2045] FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", obra cit., pp. 661.

[2046] 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*, Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 855.

[2047] STS, Sala 1ª, de 11-06-2020. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XIX. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 384. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Capítulo segundo. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera. De la legítima (Artículos 47-57)", en Andrés-María 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, obra cit., pp. 453. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho civil vasco", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 425. RDGRN de 04-07-2019 y SAP de Bizkaia, sec. 3ª, 03-07-2020.

distribución de la legítima, ningún legitimario sabe en qué proporción será beneficiario, ni si recibirá algo" [2048].

Pero que la legítima sea de libre reparto entres los descendientes no quiere decir que se presuma la voluntad desigualadora entre los mismos de quien ordene la sucesión. Para ello la LDCV arbitra dos *presunciones iuris et de iure* que en palabras de CELAYA IBARRA[2049] suponen una garantía de la libre distribución de la herencia sin un entorpecimiento de las mismas por posteriores operaciones particionales retroactivas. Estamos hablando, por un lado, de la presunción de apartamiento voluntario de la herencia del legitimario preterido absolutamente (art. 48.3 LDCV). Por el otro que recibida una atribución con apartamiento lo así recibido no computará ni colacionará en la herencia del causante (art. 59, ap. 2 y 4 LDCV),

Mediante dicho apartamiento se evita así la igualación entre co-legitimarios retroactiva, posterior a la muerte del *de cuis*, frente la desigual distribución de la legítima que así quiso el causante (o el comisario). El apartamiento (art. 48.2 y 51 LDCV) es el negocio jurídico puramente potestativo de disposición sucesoria, *"inter vivos"* o *"mortis causa"*, generalmente a título gratuito, por el que el causante (o el comisario) rompe el llamamiento legitimario previsto por la Ley[2050], de modo que matiza el grado y reparto de la sucesión forzosa entre sus descendientes legitimarios (art. 49 LDCV) y, asimismo, troncal de entre sus parientes tronqueros (art. 66 y 69)[2051].

Ahora bien, el apartamiento no es un término unívoco, sino que comprende tres figuras diferentes:

2.2.1. El *apartamiento personal*, a veces incorrectamente confundido con la desheredación, por el que el causante (o el comisario) ordena que cierto legitimario nada o nada más reciba del causante por legítima y su efecto característico es la enervación de acciones en defensa de la legítima del preterido/apartado contra otro legitimario

[2048] GALICIA AIZPURUA, ibídem.
[2049] CELAYA IBARRA, Adrián. "Las Legítimas", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 5, Nº. 12, 2007, pp. 132.
[2050] GALICIA, ibídem y LLEDÓ, ibídem, explican que el art. 50 LDCV establece una preferencia de los hijos y descendientes más próximos en grado al causante sobre los de parentesco más lejano.
[2051] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, obra cit., pp. 429: "a) El apartamiento supone que haya varios legitimarios en la línea recta descendente o varios parientes tronqueros de la misma línea. Habiendo sólo uno de ellos no se puede hacer elección, o sea, apartamiento, y si se prescinde de atribución a favor del mismo hablaríamos de desheredación, justa o injusta (art. 50 LDCV y art. 848 CC, por supletoria aplicación) o de preterición (art. 51.2 LDCV). No se puede apartar al viudo, pues no hay posibilidad de elección de otro legitimario de igual derecho (art. 47 LDCV), razón por la que tampoco ha de colacionar en lo que refiere a su cuota usufructuaria4. La posibilidad de apartar al viudo y a todos los legitimarios en general (art. 89 LDCV) sí se da en Ayala. b) Es puramente potestativo, sin causas tipificadas y tasadas, al contrario de la desheredación, pues no es una sanción, sino una libre elección del causante. c) No es personalísimo sino que puede disponerlo el causante por sí o el comisario, si procediere (art. 30 LDCV). d) El apartamiento puede ser expreso o tácito: Expreso es designando nominalmente a los apartados (art. 48.2 LDCV) y tácito la preterición, intencional o no (art. 48, ap. 2 y 3), o sea la omisión, adrede o no, de los legitimarios en la sucesión, y sin que hayan recibido atribución alguna en vida del causante en concepto de legítima. e) Apartamiento real vs. apartamiento personal: Siguiendo la tradición del Fuero de Bizkaia, el apartamiento de la sucesión tiene un carácter básicamente intuitu res, o sea, se atribuye cierto bien y se excluye totalmente de la sucesión en el mismo a los no llamados a dicha atribución (p. ej. art. 59.4 LDCV). También hay apartamiento personal cuando es una persona la excluida de toda la sucesión del causante7 (p. ej. art. 49.2 y 51.3)".

aunque no contra terceros (art. 51, ap. 2 y 3 LDCV). Puede ser expreso o tácito, este último generalizado a todos los preteridos, intencionalmente o no[2052], por disposiciones mortis causa.

2.2.2. El *apartamiento real*, apartar a los demás sucesores forzosos de derechos legitimarios en relación al bien que recibe un legitimario, de modo que dicho bien no se incluye en las operaciones de computación, imputación y colación –de igualación- de la legítima entre co-legitimarios). Debe ser expreso tanto en las donaciones (art. 59.2 LDCV) y en los pactos sucesorios, art. 59.4 LDCV, pero no en los testamentos (art. 47 y 51 LDCV)[2053].

2.2.3. El *apartamiento mixto*, apartar a un legitimario del resto de la herencia, con lo que recibe, debe ser igualmente expreso por la misma razón que el apartamiento real y efecto de no computación ni colación del bien objeto del mismo, constituyéndose una sucesión separada, como en el *apartamiento real*.

*2.3. La facultad del comisario de imponer al sucesor gravámenes, condiciones, sustituciones, etc.* En el supletorio Derecho civil común, el art. 774 CC sobre sustituciones hereditarias, los art. 790 y ss. CC sobre condiciones y términos, así como el art. 813 CC, sobre intangibilidad cualitativa de la legítima siempre conceden las facultades de imponer dichos gravámenes, condiciones, términos y sustituciones al testador. Y si los art. 30 y 33.2 LDCV dejan claro que el comisario puede imponer tales disposiciones, el art. 32.3 LDCV lo remata de un modo indirecto: "Salvo disposición en contrario del testador, el comisario no podrá establecer fideicomisos ni hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular, ni tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes".

Este art. 32.3 LDCV no tiene parangón en el Derecho interregional español comparado, pues la doctrina sobre los ordenamientos que consideran que el fiduciario es un mero partidor, y así sobre la fiducia del art. 831 CC, no admite que pueda hacer sustituciones pues es tanto como ordenar de la sucesión[2054]. En el resto de los

[2052] Según la doctrina el art. 51.2 LDCV pese a su dicción, debe entenderse que sólo anula las disposiciones patrimoniales del testamento si todos los legitimarios son preteridos erróneamente, no cuando la preterición es intencional. Así GRANADOS DE ASENSIO, Diego-María, en "Disposición Transitoria Primera. Conflictos intertemporales", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 1133 y 1134. También GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, en "Capítulo XIX. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 390. Igualmente así se ha pronunciado la jurisprudencia: SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 13-05-2019, SAP de Álava, sec. 1ª, de 20-07-2018, SAP de Álava, sec. 1ª de 27-06-2016 y STSJ del País Vasco de 20-07-2018.

[2053] La STSJ del País Vasco (civil y penal) de 14-12-2021 establece que la intervención de los legitimarios en las particiones y entregas de legados tiene sentido si el legado hubiese sido adjudicado a un tercero no legitimario y dicho legado pudiese mermar sus derechos en cuanto a la legítima colectiva en tanto que con dicho legado se estuviese disponiendo en cuantía superior a los dos tercios de los que libremente pudiese disponer el causante, pero cuando concurran a una sucesión solo legitimarios en su condición de hijos o descendientes en cualquier grado, en relación a los bienes que hubieran sido adjudicados a cada uno de ellos mediante legado, se consideran apartados tácitamente los demás, resultando innecesario el consentimiento de los apartados para el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de legado cuando el testador haya autorizado al legitimario para posesionarse de la cosa legada.

[2054] Según la RDGRN de 18-12-2019, el fiduciario del art. 831 CC no puede ordenar sustituciones fideicomisarias en nombre del testador, porque esto sería tanto como instituir herederos; sin embargo,

ordenamientos el delegado para testar es libre de ordenar condiciones o sustituciones. Sólo en Cataluña el fiduciario individual, por lo tanto no los fiduciarios colectivos, puede imponer al sucesor las condiciones, limitaciones de disposición y sustituciones que considere oportunas, cuando los favorecidos con aquéllas sean hijos o descendientes del testador y no estén en contradicción con las que éste dispuso (art. 424-1.2.b) CCCataluña).

Por tanto procede estudiar el *contra corriente* art. 32.3 LDCV que responde a un triple motivo, sistemático, teleológio y práctico.

Sistemático porque el principio de que el testador puede mutar su voluntad hasta la muerte no es aplicable a su comisario, quien como apoderado cumple con su encargo y extingue su cargo, a no ser que conste que se le han concedido para que éste use de ellas una y otra vez[2055].

Teleológico: evitar gravámenes indirectos sobre las legítimas por el retraso indebido en la función de elegir sucesores que incluso podría degenerar en vinculaciones más o menos perpetuas o *manos muertas*[2056]. Tambiéon contribuye a enervar una revocación encubierta.

Práctico: Evitar que se rebase el plazo establecido por el comitente para la ejecución de la sucesión por comisario. Efectivamente este precepto es opuesto al anterior art. 34 Ley 3/1992 ("El sucesor designado habrá de ser capaz para suceder en el momento de dicho ejercicio, o en la fecha del fallecimiento del causante. Quedarán a salvo las designaciones condicionales o fideicomisarias").

---

cabe, no obstante, que el testador haya previsto expresamente esta posibilidad, designando los sustitutos", en lo que coincide con ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 14, y GARCÍA RUBIO, María-Paz, "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 104. En contra, la mayor parte de los autores VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 412); MARTÍNEZ SANCHÍZ, José-Ángel, "El artículo 831 y el favor viduitatis", obra cit., pp. 998; LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho civil. Tomo V, sucesiones*, obra cit., pp. 357; BOLÁS ALFONSO, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 408; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1130 y GARRIDO DE PALMA, Víctor-Manuel, "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 370. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*, obra cit., pp. 942, entiende que cabría que el fiduciario gravara a los herederos con sustitución fideicomisaria con carga sobre o a favor de otro hijo discapacitado (art. 782 y 808 CC). SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 23, sí estima que puede imponer condiciones, términos y modos, con el límite de respetar la legítima estricta.

[2055] Cita CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo VI. Sucesiones*. Vol. 2, obra cit., pp. 83, la STS de 31-03-1876 que asienta que el 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. Dicha Sentencia trataba el poder testatorio vigente desde el Fuero Real de 1293, cuyo texto es básicamente el del Fuero Viejo de Bizkaia de 1452 y el del Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, las Leyes de Toro de 1505 y la Nueva y Novísima Recopilación, prohibido por el art. 670 CC. Misma cita en GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier, "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181: las STS de 22-10-1864 y 31-03-1876 (ésta sobre el heredero distribuidor mallorquín) que recuerdan que el 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.

[2056] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 369.

Dicha norma, que carecía de precedente en la Compilación, reafirmaba frente a ésta la idea de que en el ejercicio del poder prevalece la soberana voluntad del causante sobre los plazos marcados, de la misma manera que admitió retroactivamente la prórroga vitalicia al cargo del comisario viudo. Es decir, el comisario podía pasarse del plazo conferido para el ejercicio del poder recurriendo a designaciones condicionales o sustituciones fideicomisarias en que los eventos de que dependiesen tuvieran lugar después de cumplirse dicho plazo.

Esta prolongación del plazo quizás tenía una justificación sicológica por el *trauma* de que la Jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XX había cortado las posibilidades de prórroga del plazo, problema que la Ley 3/1992 remedió incluso retroactivamente. Pero asumida la libertad del causante para señalar un término al comisario en dicho texto legal y en la LDCV, parece obvio que esa misma libertad no debe ser coartada extendiéndolo más de lo que quiso el *de cuis.* Asimismo ha de considerarse que cualquier retraso en la designación de sucesor supone un gravamen sobre la legítima difícilmente justificable para la mayoría de la doctrina[2057] con la única excepción, quizás, de LÓPEZ PARDIÑAS[2058].

Vamos a tratar los tres supuestos por separado, que están vetados al comisario salvo, insistamos, que lo autorice el testador:

2.3.1. Prohibición al comisario, salvo permiso del causante, de establecer fideicomisos. Se está refiriendo a las sustituciones fideicomisarias o llamamientos a sucesivos sucesores cada uno de los cuales está obligado a conservar y transmitir al siguiente lo recibido[2059] (cfr. art. 782 CC, art. 25 CDCBaleares, art. 426-1 CCCataluña, ley 224 CDCFNavarra). Pero también entiendo prohibida, especialmente por el carácter personalísimo del cargo de comisario (art. 36.1 LDCV) la figura doctrinalmente conocida como "heredero distributario" o "cláusula de confianza" (art. 77 CDCBaleares, art. 424-1 y ss. Cataluña, leyes 289 a 295 CDCFNavarra), las cuáles, como he avanzado arriba, podría ser configurada en la persona del comisario, pero no de un tercero en que el comisario subdelegase su cargo por esta vía. Conforme al supletorio art. 792 CC estas disposiciones del causante se tendrán por no puestas.

2.3.2. Interdicción al comisario, salvo autorización del causante, de hacer nombramientos condicionales de sucesor a título universal o particular. Esta prohibición enlaza con el carácter irrevocable de lo ejecutado por el comisario, pues la suspensión o

---

[2057] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la 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; FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 173.

[2058] LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel, "El fenómeno sucesorio en la Ley civil vasca", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, nº extra 4, 2007, pp. 108 y 109: "No me encaja del todo con la idea de que el comisario puede hacer lo mismo que el testador, salvo que éste establezca restricciones. Y para mí, que tengo especial predilección por el fideicomiso, se me aparece como una norma quizás no acertada. Uno de las finalidades históricas del poder testatorio es precisamente el permitir dilatar la designación del sucesor".

[2059] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 369.

resolución del llamamiento condicionado socavan el carácter definitivo de su ordenación sucesoria, cuya única excepción es que "podrá reiterarse el llamamiento si la disposición resulta nula o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptarla"(art. 44 LDCV). Una consecuencia probable es que el comisario no va a poder hacer uso de la "cautela socini", la cual, aunque poco útil en Derecho civil vasco dado el carácter colectivo y limitado a un tercio del caudal relicto neto de la legítima, podría aplicarse a algún *caso de laboratorio*. Por ejemplo, el comisario puede emplear la *cautela socini* para que, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta[2060].

2.3.3. Le está vedado al comisario "tomar decisiones tendentes a retrasar la designación de los sucesores y la adjudicación de los bienes". Ciertamente la casuística posible es amplia y por tanto la redacción del precepto ambigua. Obviamente no puede referirse a incumplimientos frontales de plazos y condiciones, en general, de las instrucciones que le han sido dadas al comisario por el causante, pues para eso ya están los art. 33.1 y 45.1 LDCV. En consecuencia, debe referirse a otra cosa, a vías indirectas o fraudulentas de incumplir, pues "tendente", "que tiende a algún fin" según el diccionario de la RAEL, que evoca al fraude de ley (art. 6.4 CC). Clasifico sus supuestos en tres maneras, personal, real y formal.

a) Aspecto personal. Entiendo que el art. 32.3 LDCV trata de evitar supuestos en que el comisario intente burlar los grupos de potenciales sucesores nombrados por el mismo, o por defecto del mismo, los legitimarios, cónyuge y parientes tronqueros a elegir (art. 33, ap. 2 y 3 LDCV) como sucesores son aquéllos existentes al tiempo del óbito o declaración de fallecimiento del causante (art. 44.2 LDCV) y, merced a este art. 32.3 LDCV, no puede hacer adjudicaciones a favor de ulteriores generaciones ni de modo directo ni indirecto[2061]. Evidentemente, las sustituciones vulgares a favor de descendientes o tronqueros de ulterior grado no entran en la prohibición. En similar sentido, sobre el art. 831 CC la doctrina entiende que la ejecución de esta fiducia puede ser adelantada a antes del comienzo del plazo, antes de la emancipación del último de los hijos comunes (incluso para dicho autor descendientes comunes no hijos, nacidos, concebidos, o por concebir con arreglo a por la fecundación "post mortem" ex art. 9.2. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida dentro del año siguiente a la apertura de

[2060] Según VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Limitaciones de Derecho sucesorio a la libertad de disponer. Tomo I, las legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974. ISBN 84-500-6541-0, pp. 1063 que si al testador le es ilícito gravar la legítima del hijo, en cambio es lícito que el hijo acepte cualquier gravamen sobre su legítima. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V, Vol. III, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 174 y 175, termina resumiendo que esta cláusula es completamente admisible, y el Tribunal Supremo aceptó su validez en su STS, Sala 1ª, de 12-12-1958. Y desde entonces la jurisprudencia, así STS, Sala 1ª, de 03-12-2001 y 10-07-2003 y la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 25-1-2002 (sobre Derecho común) sancionan la validez de la *cautela socini*. Si el gravamen en que consiste la *cautela socini* no fuera aceptable (STS, Sala 1ª, de 19-11-1901, 08-11-1967 y 08-06-1999) se enerva la eficacia la cláusula del testador, es decir, le dan la plena atribución que le correspondería al sucesor, de haber cumplido la voluntad del causante, conforme lo establecido en dicha cláusula ineficaz "hace inaplicable cualquier interpretación de las cláusulas del último testamento del causante en orden a que estas puedan de algún modo condicionar o restringir el derecho de sus herederos forzosos a la legitima estricta".

[2061] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 369 y 370.

la sucesión) pero no puede empezarse a contar desde que nazcan otros descendientes futuros[2062] porque ello supondría dilatar en todo caso de por vida la facultad delegada y eso sólo puede ser conferido por el testador.

b) Aspecto objetivo. ASÚA GONZÁLEZ[2063] entiende que hay ciertos cánones objetivos que el comisario debe respetar al ejecutar su encargo, unas "razones y justificación", a las que someterse y que éste no puede evitar ni dilatar; aunque reconoce dicha autora que no hay acción para obligarle hacerlo si todavía tiene plazo, si acaso la teoría del abuso de Derecho que es difícil éxito a la luz de la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 01-12-2015. No estoy de acuerdo con dicha autora y, por el contrario, comparto, totalmente, la opinión de OÑATE CUADROS[2064] cuando entiende que el art. 46 LDCV ("La voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección") no ha de interpretarse como que la ejecución del poder pueda ser objeto de juicio de oportunidad o acomodamiento a la voluntad del testador, sino, más bien que la voluntad del causante es la expresada por el comisario. Por tanto concluyo que más allá de las instrucciones que imparta el causante al delegado (art. 33.1 LDCV), éste es libérrimo en su juicio sobre la oportunidad de cómo y a quien asigna bienes de la herencia.

Sí entiendo prohibidas conforme al art. 32.3 LDCV las donaciones con reserva de facultad de disponer y pactos sucesorios con reserva de la facultad de disponer (art. 103 LDCV)[2065]. Además, las reversiones (art. 641 CC[2066]) quedan prohibidas directamente por el art. 44 LDCV.

---

[2062] VALLET DE GOYTISOLO DE GOIITISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 425; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 88 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 19; HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio, "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil" obra cit., pp. 2489; SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 36; GARCÍA RUBIO, María-Paz, "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 85; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*, obra cit., pp. 939; RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º, obra cit., pp.1354.

[2063] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374 y 375.

[2064] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 445.

[2065] Art. 639 CC: "Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado". Las reservas de la facultad de disponer (art. 639 CC) se consideran para parte la jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 19-06-1956 y 9-6-1995) como una donación mortis causa pues sólo hay plena voluntad de disponer al fallecer el donante que se reserva dicha facultad personal mientras viva (art. 639 CC). La otra tesis doctrinal y jurisprudencial, o sea, que la donación con reserva de la facultad de disponer carece del carácter de donación por faltar la voluntad de desprenderse del bien (STS, Sala 1ª, de 22-03-1993, RDGRN de 23-10-1980), aún cuando no puede ni gravarlo ni enajenarlo el donatario de no contar con el consentimiento del donante ello no impida que, entre tanto, no sea único y verdadero titular o propietario del bien (STS, Sala 1ª, de 14-05-2007).

[2066] Art. 641 CC: "Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación".

c) Aspecto formal. En cuanto al plazo, si el art. 32.2 LDCV prohíbe al comisario alterar su propio poder testatorio habilitante, no puede prorrogárselo, ni hay habilitación legal al efecto dados los términos imperativos[2067] que regulan tal aspecto temporal (art. 41 y 45.1 LDCV). Pero una forma de alcanzar el mismo fin de retrasar el fenómeno de la sucesión por comisario, es que los sucesores no lleguen a conocer su llamamiento a la herencia. Se nos ocurren varios ejemplos: El comisario otorga testamento el último día de plazo y siendo ológrafo lo oculta, o siendo notarial es cerrado, o no se da parte al Registro Central de Actos de Última Voluntad, supuestos todos en que la delación sucesoria se produciría el mismo día de otorgamiento del testamento pero es desconocido. También sería fraudulenta, otorgar donación en escritura pública sin convocar al donatario a la aceptación hasta mucho más tarde (cfr. art. 43.1 LDCV), etc., donación formalmente válida, tanto si la consideramos un acto bilateral o unilateral. En todos estos casos el art. 32.2 LDCV vendría en ayuda del sucesor posibilitando remover estos obstáculos fraudulentos a su llamamiento.

Se plantea LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2068] si sería admisible la eficacia de la institución realizada por el fiduciario a condición o término si el cumplimiento de éstos excede del plazo establecido por el comitente. Entiende que caben dos posturas, ora pretender que los pactos y condiciones impuestos se interpreten como no puestos, en cuyo caso tendrá plena eficacia la institución, ora considerar que la institución realizada constituye una unidad y por ello queda sin efecto. Dicho autor opta por lo segundo basándose en que lo que se pretende en estos casos la mayoría de las veces es prolongar en el tiempo la incertidumbre del llamamiento y si el causante impone el plazo pretende lo contrario. Coincido con este autor en que serán ineficaces las instituciones en su totalidad, salvo que el fiduciario, previendo el retraso y la caducidad que lleva respecto a su encargo, establezca la eficacia puramente, todo ello, además, como he dicho por la comparación entre el antiguo art. 34 Ley 3/1992 ("Quedarán a salvo las designaciones condicionales o fideicomisarias") y el art. 32.3 LDCV ("el comisario no podrá") y art. 6 CC, que determina la ineficacia de lo actuado contra normas imperativas o prohibitivas.

En cuanto a la ineficacia aparejada al art. 32.3 LDCV, ASÚA GONZÁLEZ[2069] si el art. 33.2 LDCV permitiría analizar las razones y justificación del no ejercicio del poder cuando todavía se tiene plazo para ello, pero encuentra que, aunque se considerara el retraso improcedente o abusivo, en ningún caso podría compelerse al coinisario al ejercicio de su poder ordenador y no cabría reconducir tal coriducta a ninguna de las causas de extinción del poder mencionadas en el art. 45 LDCV. Otra cosa según dicha autora es que la extinción se pretendiera fundarnentar en el abuso de derecho.

Estoy de acuerdo y creo que está apuntando al al carácter taxativo de las causas de extinción del poder testatorio según la jurisprudencia[2070], por lo que, sólo quedaría el recurso a exigir la ineficacia de lo actuado por el comisario en contra del art. 32.3

[2067] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 447.
[2068] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 393.
[2069] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374 y 375.
[2070] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 sobre fraude y conflicto de intereses. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 sobre incumplimiento de los deberes propios del cargo.

LDCV, pero sólo una vez extinguido el poder testatorio, dada la falta de legitimación al efecto de los sucesores mientras sean *sucesores presuntos*.

*2.4. La facultad del comisario de señalar y pagar legítimas.* Ya hemos visto la unánime consideración de la legítima de hijos y descendientes en la LDCV como colectiva. Más dudas existen sobres su carácter "pars bonorum" o "pars valoris bonorum"[2071]. Aparte de dicha problemática hay otras cuestiones que se suscitan:

2.4.1. El comisario y la aplicación intertemporal de derecho regulador de las legítimas. Conforme al art. 17.2 LDCV PIÑOL OLAETA/PARAMIO JUNQUERA y URRUTIA BADIOLA[2072], entienden que las normas sobre legítimas a aplicar al tiempo del ejercicio del poder no son las de la apertura de la sucesión o fallecimiento del testador. Es decir, según dichos autores, otorgado el poder testatorio y fallecido el causante antes de la entrada en vigor de la LDCV, los comisarios podrán, vigente su cargo, aplicar el sistema legitimario de este texto legal. No estoy de acuerdo por dos razones.

Por una parte porque el argumento de las autoras de que estando los sucesores pendientes de designación, hasta el ejercicio del poder testatorio, nada han adquirido no es exacto. Lo importante es que no ha habido delación o llamamiento para que acepten o repudien. Cierto es que en las sucesiones sujetas al Código civil en que hubiera delegación de la facultad de mejorar (art. 831 CC, art. 13 Ley 3/1992 y D.Tª. 5ª LDCV) los hijos y descendientes han adquirido su derecho a la legítima estricta y su pago debe realizarse tras la apertura de la sucesión testamentaria, sin esperar a los plazos que permite el art. 831 CC[2073], luego se rige sin duda por la ley personal del causante al tiempo de su fallecimiento. En cuanto a los causantes bajo el régimen del Fuero de Bizkaia, la legítima de los descendientes era de cuatro quintos (4/5) de la herencia a distribuir entre éstos mediante el apartamiento (art. 32 y 54 Ley 3/1992), pero el comisario que ha comenzado su función antes de la entrada en vigor de la LDCV está sujeto por el art. 35 Ley 3/1992 (actual art. 33.1 LDCV) a las mismas normas que el causante, no puede dar más de lo que éste pudiere hacer, por lo que el causante fallecido antes del 03-10-2015, no puede acogerse a la LDCV. Es más, aun en la hipótesis de que aceptásemos su interpretación del art. 17.2 LDCV éste no es retroactivo (D.Tª. LDCV, a sensu contrario) y la D.Tª. 12ª a la que se remite la D.Tª. 1ª LDCV da la solución contraria: "Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior".

En segundo lugar, no comparto su interpretación sobre la equívoca expresión del art. 17.2 LDCV "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".

---

[2071] Cfr. RDGRN de 04-07-2019 y SAP de Bizkaia, sec. 3ª, 03-07-2020.

[2072] PIÑOL OLAETA, Elixabete y PARAMIO JUNQUERA, Nieves, "Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final", 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. 231. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. "Testamentifacción en la ley vasca", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Nº. Extra 4, 2007, pp. 124.

[2073] SAP de Madrid, sec. 12ª, de 30-12-2015; STS, Sala 1ª, 24-05-2019. RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1584. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*, obra cit., pp. 942. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra cit., pp. 20.

Dicha interpretación choca con dos problemas, uno de derecho público e interregional y otro de derecho privado. En cuanto al primer problema, cabe oponer que son competencia exclusiva estatal las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, es decir todo aquello que se concrete en disciplinar la aplicación de las normas jurídicas incluso en el tiempo (STC nº 14/1986, de 14-06-1986). Por lo tanto, el momento del fallecimiento del causante determina imperativamente la ley que rige la sucesión ex art. 9.8 y D.Tª.12ª CC. El problema de Derecho privado con que choca la citada interpretación es que el art. 17.2 LDCV sólo pretende determinar el instante de la delación[2074]: "La delación se producirá en el momento del fallecimiento del causante y en el lugar en que haya tenido su última residencia habitual o, en su defecto, en el lugar del fallecimiento". En tal sentido IRIARTE DE ÁNGEL[2075] y la SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016, "obiter dicta"[2076]. A mayor abundamiento, como recuerda la SAP de Álava, sec. 1ª, de 20-07-2018 con cita de las muy expresivas STS de 31-07-2007 y 01-06-2016: "no es posible entender que al fenómeno sucesorio, que comienza con la muerte de la persona, se le apliquen distintas Leyes según se vaya realizando (declaración de herederos en su caso, aceptación o repudiación de la herencia, partición y adjudicación, etc.) pues aquel fenómeno ha de guiarse por una Ley única".

En fin, la generalidad de los preceptos de la LDCV van en dicha línea de herencia abierta pendiente de delación, pendiente la elección del sucesor y nada más (ni nada menos): formación casi inmediata de inventario con los sucesores presuntos (art. 34), quienes deben ser reconocidos en ese preciso momento para notificarles dicho inventario, autorización al comisario de actos de disposición por los sucesores presuntos (art. 43) y concurrencia con el comisario para la valoración de la legítima (art. 60). En suma, el art. 17.2 LDCV trata de expresar lo que la Ley 3/1992 no decía explícitamente: en qué momento se produce el ofrecimiento a los sucesores para que acepten su llamamiento, ora cuando se ejercita, ora cuando se frustra el poder sucesorio. De la misma manera que el art. 44 LDCV trató de solucionar el problema de qué se hace con los bienes cuyos actos atribución sucesoria por el comisario se frustran.

2.4.2. El problema de los derechos viudales/pareja de hecho. En el improbable caso que el comisario no sea el propio viudo/pareja de hecho, éste tiene derecho a un usufructo vitalicio parcial de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos tercios en otro caso (art. 52 LDCV), así como un derecho de habitación sobre la vivienda conyugal (art. 54 LDCV). En conflictos interregionales en España dispone el art. 9.8 CC que "los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes", con lo que no se da una unidad de norma

[2074] En tal sentido, FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en "Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss.

[2075] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, en "Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 221.

[2076] "46. Si se entendiera que ésta es cuestión de orden público, o que la limitación sólo afecta a hechos y no a acciones, debe argumentarse que es distinto el otorgamiento del poder testatorio, anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/1992, al momento en que debe aplicarse la ley a la herencia, que sería el de la muerte de la causante según la norma supletoria que cita la apelada, es decir, el art. 9.8 CCv (…) 47. Se alcanza semejante conclusión si se atiende al momento de la delación de la sucesión, que acontece a través del testamento otorgado por el comisario el 20 de abril de 2005, ya vigente la Ley 3/1992. Éste es el acto definitivo de disposición de los bienes de la causante, sometido a las normas aplicables cuando se otorga, es decir, a la Ley 3/1992, por lo que incluso si fuera procedente entrar en la cuestión, el motivo habría de ser desestimado, y consecuentemente, el recurso de apelación".

sucesoria, pues una se aplica a los derechos viudales y otros al resto de la sucesión, singularmente los legitimarios. Este problema, no obstante, no se da en conflictos sucesorios objeto del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo, que considera que la ley sucesoria es una, cualesquiera que sean los herederos del causante, sin que tenga lugar la ruptura que impone el art. 9.8 CC[2077].

Hasta el año 2014 no se admitía por doctrina administrativa y jurisprudencia esta quiebra en la unidad de la ley aplicable a la sucesión en función de las personas beneficiarias de la misma, sino que se aplicó a todos los derechos sucesorios del cónyuge viudo la ley rectora de la sucesión, limitando el inciso final del art. 9.8 CC a atribuciones legales derivadas de la disolución y liquidación de un régimen matrimonial[2078]. Pero el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia estableciendo dicha ruptura[2079], lo que tiene indudables efectos tras la entrada en vigor de la LDCV, en que numerosos cónyuges sujetos al régimen económico matrimonial de gananciales, separación o participación, pueden ver sus derechos viudales reducidos al usufructo del tercio de mejora en concurrencia con hijos y la mitad con ascendientes (art. 834 y 837 CC) frente al usufructo de la mitad y dos tercios de la herencia (art. 53 LDCV), más el adicional derecho de habitación (art. 54 LDCV).

No obstante, cabe defenderque en Derecho Civil Vasco hay una única ley aplicable a la ley del difunto, cual es la de su vecindad civil al tiempo del fallecimiento. Encuentro como argumentos que el segundo párrafo de la D.Tª.7ª LDCV al distinguir el régimen transitorio entre las relaciones personales y las relaciones sucesorias consecuencia de la entrada en vigor de la nueva vecindad civil vasca, hace una clara alusión a la anterior jurisprudencia clásica de "tesis amplia". Asimismo entendí que aunque aplicáramos el art. 9.8 CC sorteando tal D.Tª. 7ª tendríamos que la ley que rige los efectos del matrimonio, sería la vasca pues el régimen económico del matrimonio viene regulado por el Título III LDCV ("Del régimen de bienes en el matrimonio"), si bien el régimen económico matrimonial concreto no se modifica por la mera nueva aplicación de la LDCV como aclara su D.Tª. 7ª[2080]. En tal sentido, asimismo, GALICIA AIZPURUA[2081].

2.4.3. Usufructo del viudo y su conmutación por el comisario. Al comisario le puede resultar más fácil cómodo para distribuir la herencia, pagar al cónyuge o pareja supérstite su derecho viudal asignándole otros bienes en lugar de que disfrute *in natura*

---

[2077] RENTERÍA AROCENA, Alfonso. "La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: los conflictos de leyes y el certificado sucesorio", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3, pp. 226. Igualmente, la RDGRN de 29-07-2015.

[2078] STS, Sala 1ª, de 23-12-1992, RDGRN de 11-03-2003 y 18-06-2003, SAP de Málaga, sec. 5ª, de 22-06-2011 y SAP de Soria, sec. 1ª, de 03-12-2007. Se suele citar , sólo a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial del matrimonio (cfr. año de luto –art. 146.a) LDCV,) *tenuta*, *aventajas*, atribución del ajuar doméstico (art. 1321 CC), viudedades forales en su consideración familiar -Aragón y Navarra-, o cualesquiera otras que determine la ley aplicable.

[2079] STS, Sala 1ª, de 16-03-2016, STS, Sala 1ª, de 28-04-2014.

[2080] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco". *JADO, Boletín de la AVD-ZEA*. ISSN 1888-0525, Año 14, Nº. 27, 2015-2016, pp. 483-484.

[2081] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, "Capítulo III. Ámbito de aplicación del Derecho civil 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. 73.

su usufructo, aunque tropezaría con que su derecho de habitación no es conmutable[2082]. No obstante dicho pago en especie tropieza con el hecho de en el ínterin entre la apertura de la sucesión y lo que decida el comisario, como en Derecho civil común, el cónyuge viudo adquiere su usufructo legal por ministerio de la ley y tiene posesión civilísima desde el momento de apertura de la sucesión al decir, exactamente igual que los art. 53.2 LDCV y art. 839 CC "Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge"[2083].

Por tanto surge la cuestión de si el comisario puede conmutar su usufructo al viudo. La solución puede venir por la asimilación del comisario a un contador partidor, pues en Derecho común se ha planteado la cuestión de si el contador-partidor está facultado para acordar dicha conmutación del usufructo del viudo por otro tipo de bienes (art. 839 CC) y al efecto VALLET DE GOYTISOLO y GULLÓN BALLESTEROS[2084] responden afirmativamente si hay autorización expresa por el testador, aunque siempre dentro del debido respeto a las legítimas. En sentido contrario la mayor parte de la doctrina[2085] y jurisprudencia[2086] declaran que no corresponde al contador partidor la facultad de conmutación del usufructo del viudo. El argumento esencial invocado por esta linea de autores es que no se puede imponer a los herederos la conmutación pues el pago les supone una carga sobre su patrimonio al tener que pagarlo en efectivo, o satisfaciendo una renta vitalicia, etc., por lo que sólo a dichas personas gravadas corresponde pedir y permitir la conmutación[2087].

Dicha facultad de conmutación se reproduce en similares términos en el art. 53 LDCV, como hemos dicho, en que igualmente se reconoce que la iniciativa corresponde a los herederos gravados[2088]. Pero no habiendo más que herederos presuntos pendiente el ejercicio del poder testatorio y siendo la legítima de los descendientes colectiva, se

---

[2082] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. "El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco", obra cit., pp. 481.

[2083] GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. "La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo", en *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 17, Nº 3, 1964, pp. 605 y 606. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 450 y 451. LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, obra cit., pp. 478.

[2084] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 596-599 a favor. Últimamente la RDGRN de 04-04-2017 admite la delegación de la facultad de conmutar "no puede decidir por sí solo la conmutación; por excepción, lo puede hacer si el causante la impone o le faculta expresamente; si lo ha hecho indicando el medio solutorio, en cuyo caso el contador deberá proceder a la conmutación con ese medio; si se limita a autorizarla o a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge supérstite o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legitimarios ...".

[2085] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, obra cit., pp. 478. También en contra TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. "Capítulo 45. La legítima en el Código civil (II)". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 1936.

[2086] STS, Sala 1ª, de 24-11-1960 y las RDGRN de 17-05-2002, 18-12-2002 y 08-10-2013.

[2087] La STS, Sala 1ª, de 24-11-1960 afirmó 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 vidual, o en su defecto, la Autoridad judicial*". Cfr. STS, Sala 1ª, de 04-10-2001.

[2088] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XIX. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 396. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Capítulo segundo. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera. De la legítima (Artículos 47-57)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 494.

puede sostener que el comisario puede tener la iniciativa de conmutar el usufructo del viudo, pues es el patrimonio que administra el que recibe la carga de pagar el equivalente al mismo. Y si el pago de dicha carga requiere ciertas enajenaciones sobre bienes de importancia, los derechos de los legitimarios quedan salvaguardados pues el art. 43.5 LDCV exige que le autoricen al comisario.

2.4.4. Pago de los derechos legitimarios de hijos/descendientes. Ya hemos adelantado que a tenor del art. 30 LDCV el causante puede encomendar al comisario la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan al primero en orden a la transmisión sucesoria de los mismos, y en consecuencia puede apartarlos, desheredarlos o simplemente no instituir a algunos en absoluto, aunque no a todos (art. 47 y 51 LDCV)[2089].

Como aquí sí hay, contrariamente al caso del usufructo del viudo una suspensión de la delación, el comisario podrá pagar la legítima de los descendientes cómodamente.. La LDCV no prevé la conmutación en metálico de las legítimas (cfr. 841 y ss. CC, a "sensu contrario") pero es obvio que el comisario puede asignar los bienes hereditarios que estime convenientes en pago de la misma y apartar con ellos al beneficiado, con lo que los problemas se acaban. Con lo que en este caso se salvaría la problemática de la sucesión puramente testamentaria en que el legitimario debe concurrir con los herederos instituidos a la partición de la herencia si se considera que la normativa vasca atribuye al legitimario un derecho directo sobre los bienes hereditarios ("pars bonorum"[2090]) o un derecho de crédito garantizado con todos los bienes hereditarios ("pars valoris bonorum"[2091]). Para el sector doctrinal que entiende que la legítima de hijos y descendientes es un "pars valoris"[2092] o crédito contra la herencia, que el comisario tenga la facultad de señalar y pagar legítimas no será problema alguno.

---

[2089] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 765. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 156 y 158. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 170. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 385. RDGRN de 18-12-2019 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 07-04-2009.

[2090] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio, en "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco)", Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, ISSN 2174-1840, Nº. 5, 2016, pp. 10.

[2091] RDGRN de 04-07-2019: que pueden ser satisfechas con bienes extrahereditarios pero con afección de todos los bienes de la herencia a su pago. En el mismo sentido la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2020.

[2092] LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Epílogo. Algunas referencias notables en el nuevo Derecho civil vasco", en Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 242. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier en "Abran paso a la libertad civil (II)" en Egiunea, Revista Notarial del País Vasco, agosto-octubre 2020, pp. 14. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 76. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María "Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (Artículos 58 a 60)", en Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, pp. 87. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 76.

Cuestión diferente es si el comisario puede ordenar la colación de liberalidades, revocar los apartamientos, perdonar las causas de indignidad o revocar la desheredación ordenadas por el causante, que ahora trataremos.

2.4.5. Colación de liberalidades. Las donaciones hechas a hijos y descendientes son computables y colacionables en la herencia del causante salvo que medie apartamiento expreso, como norma de derecho necesario (art. 59.2 LDCV)[2093]. Dicho negocio de apartamiento inserto en un acto unilateral aceptado por el beneficiario o en un contrato bilateral no podrá ser modificado unilateralmente ni por el causante ni por su comisario (cfr. art. 1256 CC)[2094].

Cierto que en Derecho civil común la dispensa de colación es siempre revocable por el causante conforme a su libertad testamentaria[2095], pero en Derecho civil vasco existen el pacto sucesorio que enerva dicha libertad total y una donación con apartamiento equivale a un pacto sucesorio como hemos visto arriba sobre las donaciones-particiones. Pero podría plantearse la cuestión contraria, o sea, que las atribuciones gratuitas otorgadas en vida por el "de cuius" sin apartamiento, sean objeto de dicho apartamiento dado por el comisario, lo que me parece totalmente lícito[2096] pues está dotado de todas las facultades del causante y una de ellas es apartar (art. 30 y 48. 2 LDCV).

2.4.6. Pago de derechos troncales. Como dice URRUTIA BADIOLA[2097], el derecho a los bienes troncales es "pars rerum", no es un derecho de crédito, sino un derecho a recibir los mismos bienes troncales *in natura*. De ello se deduce que el comisario queda sujeto por las normas de la troncalidad, particularmente que concurriendo en las mismas personas el carácter de legitimarios y de parientes tronqueros, se impone la adjudicación preferente y *in natura* de los bienes troncales al pago de la legítima (art. 62.2 y 69 LDCV). También se impone la imputación de tal atribución a la satisfacción de la misma salvo que otra cosa se disponga (art. 70.7 LDCV).

---

[2093] LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (Artículos 58-60)", en Andrés-María 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. 522 y 523.

[2094] De manera similar, en el Derecho Civil de Aragón, ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo, "*La fiducia sucesoria aragonesa*. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna", obra cit., pp. 194 y PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 589 entienden que el fiduciario no puede ordenar la colación de liberalidades realizadas por el causante porque no puede hacer modificación directa o indirecta de las disposiciones del causante. En Galicia BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XII. Derecho de sucesiones II: sucesión paccionada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 423 entiende que sólo cabe la revocación de la dispensa de colación de lo donado en los casos de revocación de la donación. arts. 644 y ss. del CC.

[2095] La STS, Sala 1ª, de 20-07-2018, relativa a la revocación de dispensa para colacionar, establece que el testador puede revocar unilateralmente la dispensa de colación, manifestada contractualmente, incluso en el caso de las donaciones remuneratorias.

[2096] Tras las SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 27-06-2016 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-07-2018 que no permiten equiparar la dispensa de colación al apartamiento. Pero la segunda de las cuales incide en que el apartamiento podría haberse otorgado en el testamento por el causante con posterioridad a las donaciones. Luego si lo puede hacer dicho causante, lo podrá hacer su comisario (art. 30 LDCV).

[2097] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. "Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (Artículos 58 a 60)", 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. 87.

*2.5. La facultad del comisario de perdonar al indigno de suceder y de revocar la desheredación hecha por el causante.* GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2098] entiende personalísima la facultad de remitir la causa de indignidad, de modo que sólo sería factible si el causante, conocedor de la ofensa, autoriza expresamente al comisario para que -si lo estima oportuno- la perdone, pero como mero "nuntius" y expresamente facultado para ello. Esta es la posición general en el Derecho interregional español comparado. En Galicia conforme al art. 198 LDCGalicia "habrá de respetar las disposiciones del cónyuge atribuyente", por lo que no podrá modificar revocar el testamento del comitente, ni rehabilitar indignos o desheredados pero sí declarar su indignidad o desheredarlos el comisario mismo[2099]. En Derecho civil común la doctrina mayoritaria[2100], así como la RDGRN de 18-12-2019, le niegan al fiduciario del art. 831. CC las facultades de desheredar y las de rehabilitar indignos y desheredados.

Volviendo al Derecho Civil Vasco, entiendo que cabe rechazar que el comisario carezca de estas facultades de perdonar al indigno y revocar la desheredación por el mero hecho de que el testamento sea personalísimo (art. 670 CC), pues precisamente el comisario vasco enerva esta característica y de hecho tiene las mismas facultades que el causante (art. 30 LDCV). Además, ni la LDCV ni el CC distinguen entre contenidos testamentarios (patrimoniales) personalísimos de primera y de segunda categoría, máxime a tenor del art. 46 LDCV, que en expresión de OÑATE CUADROS [2101] tiene como última ratio del precepto reforzar la figura del comisario y del poder testatorio "en un mundo de juristas unánimemente formados en el sistema sucesorio del Código Civil (aunque algunos, «además conozcan otros sistemas») (…) Ofrecer, en suma, una vía sencilla a la jurisprudencia para evitar volver a la situación anterior al año 1992, situación en la que, en demasiados supuestos de duda, la balanza se inclinaba fatalmente en contra del ejercicio del poder por el comisario".

---

[2098] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 155. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 368, le cita, luego debe estar conforme.

[2099] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 121. DÍAZ TEIJEIRO, Carlos-María, "El sistema legitimario de Galicia", obra cit., pp. 37: "el comisario puede desheredar a un hijo común si es que ha incurrido en causa de desheredación en relación con el comitente; que el hecho que motiva la desheredación debe haber tenido lugar tras la muerte del causante (…) que si el hecho que podría motivar la desheredación ya se había producido a la muerte del causante, y éste lo conocía, la no desheredación del descendiente responsable debe tenerse como perdón tácito, tratándose de una decisión que vincula al comisario".

[2100] RUEDA ESTEBAN, José-Luis, "La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges", obra cit., pp. 390; GARCÍA RUBIO, María-Paz, "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 74; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*, obra cit., pp. 936; GARRIDO DE PALMA, Víctor, "Los nuevos artículos 831 y 1056,2º del Código civil. Algunas aplicaciones", obra cit., pp. 133; Si bien SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 48; y RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp.1642 entienden que el causante puede autorizar expresamente al fiduciario a perdonar la causa e incluso que el fiduciario pueda desheredar. En cuanto a la rehabilitación del indigno GARCÍA RUBIO (ibídem) y RUEDA ESTEBAN (ibídem) lo niegan por su carácter igualmente personalísimo (art. 757 CC), mientras que SAPENA TOMÁS (ibídem) lo acepta.

[2101] OÑATE CUADROS, Francisco-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. 445.

Entiendo por tanto que el comisario podrá desheredar o manifestar la causa de indignidad de los legitimarios, así como redimir estas sanciones sucesorias, siempre que no vaya contra las instrucciones que le hubiera impartido el causante (cfr. art. 30 y 33.1 LDCV).

## VI. REQUISITOS FORMALES DE LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO.

### 1. El otorgamiento del poder testatorio.

*1.1. El otorgamiento de poder testatorio puede hacerse siempre en testamento notarial, incluso mancomunado* (art. 24.2 LDCV). URRUTIA BADIOLA[2102] observa que puede ser testamento notarial, individual, abierto (art. 694 CC), cerrado (art. 706 CC), tanto en España como ante funcionario diplomático o consular con funciones notariales (art. 734 CC) o conforme a la forma del país en que se otorgue (art. 11, 732 y 733 CC).

Si se usa la forma de testamento mancomunado, según dicho autor sólo se exigirá que el que constituya el poder testatorio tenga vecindad civil vasca o se lo permita la norma de conflicto que le sea de aplicación a tenor del Reglamento (UE) 650/2012, en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo[2103]. Participo de dicha opinión, de que sólo al otorgante del testamento mancomunado que confiera poder testatorio le es exigible que tenga dichos puntos de conexión a la luz del art. 24.2 LDCV: "Se reputa igualmente mancomunado el testamento conjunto en el que uno o los dos testadores designan comisario a la misma o distinta persona, para que, tras su muerte, ordene la sucesión correspondiente".

MERINO HERNÁNDEZ y CELAYA IBARRA[2104] critican que sólo se permita otorgar poder testatorio en testamento notarial, por considerar que para una persona que se encuentra en peligro de muerte y quiere realizar un testamento ológrafo o "hil buruko" es más sencillo nombrar un comisario que proceder a la completa y ordenada distribución de todos sus bienes. Debemos coincidir, por el contrario, con GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2105], quien manifiesta que dada la facilidad con la que hoy en día se puede recurrir a un notario, los supuestos a los que hacen referencia dichos autores pueden ser considerados residuales. Y, añado, la complejidad de los contenidos

[2102] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 352. En el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366.

[2103] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja, "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales". Actualidad Civil, nº 6, 2016, pp. 30-43. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 354.

[2104] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 126. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 196.

[2105] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 145.

esenciales, naturales y accidentales de la figura de la sucesión por comisario hacen prácticamente imprescindible la intervención notarial.

*1.2. Los cónyuges, pueden nombrarse comisarios, además, en escritura pública, sea de capitulaciones matrimoniales, sea de pacto sucesorio.* Y los miembros de una pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario, por supuesto en testamento, en el pacto regulador de su régimen económico patrimonial o en pacto sucesorio, siempre en documento público notarial (art. 31 LDCV).

ASÚA GONZÁLEZ[2106] es la única autora que exige que en tal caso se confiera el cargo con carácter recíproco. Y que dicha solución no es correcta se aprecia, a mi juicio, en aquéllos casos en que sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil vasca, pues aunque sólo este último podrá conferir poder testatorio en la escritura de capitulaciones o pacto sucesorio, la vecindad civil alóctona del otro no es causa que le impida usar dicha institución al otorgante. El art. 24.2 LDCV sobre el testamento mancomunado, como hemos visto, da la solución opuesta a dicha autora: "Se reputa igualmente mancomunado el testamento conjunto en el que uno o los dos testadores designan comisario a la misma o distinta persona, para que, tras su muerte, ordene la sucesión correspondiente".

*1.3. Otras escrituras públicas de otorgamiento de poder testatorio.* En el Derecho Civil de Aragón (art. 442 y 443 CDFAragón) se exige "testamento o escritura pública", lo que para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2107] incluye las capitulaciones matrimoniales, el pacto sucesorio, las donaciones e incluso por acto jurídico unilateral de escritura de "poder mortis causa".

La pregunta que naturalmente surge es si podemos reducir el requisito formal de ordenar la sucesión por comisario a la intervención notarial, sea cual fuere el tipo de escritura pública que recogiera el poder testatorio. Me inclino por la solución afirmativa puesto que ciertamente el poder testatorio puede otorgarse como tal, no como testamento, y así se suele titular en la práctica notarial[2108]. Además el art. 3.a) Reglamento de la organización y régimen del Notariado permite la inscripción de "todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por Notario"[2109]. Por fin, los testamentos mancomunados, pactos sucesorios y las capitulaciones matrimoniales tienen contenidos naturales muy diversos respecto del poder testatorio y éste no tiene por qué ser necesariamente correspectivo o recíproco ni bilateral pero merced a su constancia en escritura pública todos dichos instrumentos constarán en el Registro de actos de última voluntad.

---

[2106] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366.

[2107] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 385.

[2108] Véanse formularios en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, *Praxis de Derecho civil vasco*, obra cit. pp. 69 y ss.

[2109] Art. 3.a) del Anexo II del Reglamento de la organización y régimen del Notariado: "En el Registro general se tomará razón:a) De los testamentos abiertos, de la autorización del acta de otorgamiento y protocolización de los cerrados o sus respectivas revocaciones de las donaciones mortis causa y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por Notario de la Península e islas adyacentes, posesiones del Norte de Africa y demás territorios de soberanía nacional; por Cura párroco, en los puntos en que por ley, fuero o costumbre tenga esta facultad, o por Agente diplomático o consular de España en el extranjero".

Es decir, la concesión de un poder testatorio recíprocamente vinculado puede ser bajo la forma y requisitos del testamento mancomunado (art. 24.2 LDCV), para cónyuges/parejas de hecho o terceros. Y bajo la forma de escritura pública de pacto sucesorio (art. 100 y ss. LDCV) o de capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC) para los cónyuges y de pacto regulardor del régimen económico matrimonial para las parejas de hecho inscritas. En estas escrituras públicas sólo los cónyuges/parejas de hecho pueden darle carácter contractual y por tanto irrevocable unilateralmente al poder testatorio así otorgado. Pero también pueden darle carácter unilateral como cláusula inclusa en una escritura pública, como puro poder testatorio que se recoge de esta forma o cuando el disponente se reserva de la facultad de revocación unilateral del poder testatorio[2110].

Los otorgantes distintos de los cónyuges/pareja de hecho no pueden otorgarse recíprocamente entre sí un poder testatorio con carácter de pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales ni pacto regulador de su régimen económico patrimonial (art. 32 LDCV), sino que quedan constreñidos a la relativa irrevocabilidad propia del testamento mancomunado. Y digo relativa porque cabe comprender dos posturas, ante la indefinición del art. 24.2 LDCV, que permite a los otorgantes nombrar comisario a la misma o distinta persona: Que la institución de comisario es un modo indirecto de disposición de bienes conforme a los ap. 1 y 2 del art. 24 LDCV, luego las reglas de revocación o modificación de cláusulas en testamento mancomunado sobre bienes, antes o después de la muerte de un testador, se trasladan "mutatis mutandi" al nombramiento del comisario. También cabe la postura contraria, que el testamento mancomunado sólo protege cláusulas correspectivas, las cuáles sólo son aquéllas "cláusulas testamentarias de contenido patrimonial" (art. 25.2 LDCV). Sin embargo opto por la revocabilidad unilateral natural del poder testatorio conferido en testamento mancomunado, pues la regulación de la correspectividad parece que hace referencia a la disposición de bienes concretos (art. 28.2 LDCV), no a otras disposiciones, lo que corroboraría el art. 45.8 LDCV donde permite la extinción del poder testatorio por revocación, sin distinción alguna[2111].

En todo caso, la forma exigida de testamento, pacto sucesorio, capitulaciones o pacto regulador del régimen económico matrimonial de la pareja de hecho es presupuesto de validez del poder testatorio, forma "ad solemnitatem"[2112], por el carácter imperativo, "habrá de hacerse" del art. 31.1 LDCV y que el art. 46 LDCV no enerva al la sanción de nulidad del art. 6.3 CC pues refiere al fondo, a la voluntad del causante, no a la forma en que ésta se expresa, siendo la notarial refuerzo de la misma.

---

[2110] En tal sentido OÑATE CUADROS, Francisco-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. 438.

[2111] En tal sentido OÑATE CUADROS, Francisco-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. 438 y ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380.

[2112] URRUTIA BADIOLA, Andres-María "Testamentificación en la Ley Civil Vasca", JADO: boletín de la AVD/ZEA, ISSN 1888-0525, Nº. Extra 4, 2007, pp. 119. Andando el tiempo este Anteproyecto devendrá la Propuesta de LDCV de 2012 y, luego la propia LDCV. Estamos hablando de una interpretación auténtica de este texto legal.

**2. Instrucciones del causante al comisario.**

Pese al silencio de la LDCV sobre la regulación de estas instrucciones (el art. 442 CDFAragón es el único que las regula exigiendo forma notarial a las mismas), podemos concluir que la aquélla exige una solución similar puesto que dichas instrucciones del comitente sobre ordenación de la sucesión del causante, administración y disposición de los bienes sujetos a ella, etc., deberán constar necesariamente en el propio poder, pues así lo ordena el art. 33.1 LDCV: "El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio…", poder testatorio que exige forma notarial como acabamos de ver.

Según URRUTIA BADIOLA[2113] esta norma supone que el comisario, en defecto de un catálogo de facultades y obligaciones establecido por el causante, tendrá todas las que le correspondan este último conforme a la LDCV y al Derecho supletorio.

En consecuencia, procede traer a colación las palabras de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2114] sobre que la constancia explícita de las instrucciones soluciona "la problemática que pudiera plantear con respecto a mandatos secretos, dejados en sobres lacrados, consejos privados, etc., pues aunque es indudable que éstos pueden afectar a la voluntad del ejecutor, no le vinculan en modo alguno e incluso puede actuar en contra de los mismos porque no tendrán ninguna validez legal". No obstante, para Aragón dice el autor citado "pueden ser normas dictadas antes de la elección del fiduciario o en un momento posterior a su nombramiento, pueden estar contenidas en testamento, ológrafo, en dos testamentos que se complementan o en una o varias escrituras públicas". Pero no parecen ser éstas soluciones admisibles bajo la LDCV, que exigirá siempre escritura pública que contenga el poder, si bien éste, podrá ser novado modificativamente por el causante.

MARTÍNEZ CORTÉS[2115] cita como las más frecuentes las instrucciones relativas a: a) La administración y disposición de bienes, nombrando un administrador, ampliando o reduciendo sus facultades de administración o requisitos para disponer. b) formalidades que se deben realizar (inventario público, qué bienes comprende, plazo para hacerlo, etc.). c) Plazo y forma de la ejecución. d) La elección entre un determinado grupo de personas para concretar entre quiénes debe realizarse la elección. e) La pérdida de la condición de fiduciario. f) Orden de mantener la indivisión de la herencia o de alguno de los bienes de que la componen por un tiempo determinado. Efectivamente, todos estos extremos se regulan de común en el propio instrumento de concesión del poder testatorio[2116].

URRUTIA BADIOLA incluye en sus formularios sobre poderes testatorios sujetos a la LDCV cláusulas sobre: a) facultades de utilización del poder; b) duración del poder testatorio; c) derechos del comisario pendiente el ejercicio del poder testatorio

[2113] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 373.
[2114] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 381.
[2115] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 177.
[2116] Véanse formularios en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, *Praxis de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 69 y ss.

en todo o en parte; d) autoadjudicación de bienes por el comisario y pago de legítima; e) derecho de habitación del viudo y, e) interpretación de las facultades de comisario[2117].

## VII. EFECTOS DE LA SUCESIÓN POR COMISARIO PENDIENTE EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO.

### 1. La suspensión de la delación sobre la herencia del causante y consecuente yacencia de la misma.

Como dijimos arriba, aunque no se explicite en el texto de la LDCV, la muerte del causante es el presupuesto de la entrada en servicio del comisario. Efectivamente se atisba tal requisito pues la LDCV siempre se refiere al "testador" como el otorgante del poder testatorio y el art. 34 LDCV sobre comienzo de la obligación de formar inventario es más específico aún.

Y ya hemos avanzado que el efecto fundamental del ejercicio del poder testatorio es la delación sucesoria a favor de los beneficiarios (art. 17.2 LDCV) a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento[2118]. Hasta ese momento, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder testatorio[2119], queda diferida o suspendida dicha delación[2120].

### 2. La aceptación de su cargo por el comisario.

La LDCF ha introducido el art. 45.5 LDCV ("Se entenderá que el comisario renuncia cuando, requerido judicialmente para ello, no acepta la designación en el plazo de sesenta días"), novedoso respecto de la Ley 3/1992.

---

[2117] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, *Praxis de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 69 y ss.

[2118] El primero en plantear esta tesis fue ROCA SASTRE, Ramón María, "La designación, la vocación y la delación sucesorias", en *Estudios sobre sucesiones* Tomo I, Instituto de España, obra cit., pp. 161 y 162. STS, Sala 1ª, de 17-04-1990. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 344. 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*, obra cit., pp. 222.. MONJE BALMASEDA, Óscar, "Sección segunda. De la disolución del régimen de comunicación de bienes (Artículos 140-146)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco* – obra cit., pp. 1068. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 205.

[2119] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 y AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011.

[2120] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss.

Según ASÚA GONZÁLEZ[2121] la aceptación tácita del comisario no ha de deducirse del mero silencio ante el conocimiento de la designación.

En mi opinión, al contrario, el hecho que el art. 45.5 LDCV permita interpelar al comisario a fin que acepte o renuncie el cargo con certeza jurídica, no impide concluir que su cargo está vigente desde la muerte del causante hasta que se extinga, sin perjuicio de que siempre puede aceptar o repudiar expresamente[2122]. Ello se deduce tanto de dicho precepto como del art. 34.1 LDCV, que obliga al comisario a realizar un inventario de los bienes hereditarios en el plazo de seis meses desde que, fallecido el causante, conozca su designación al efecto, sin que se suboordine tal deber a su previa aceptación del cargo. Lo mismo se puede deducir del art. 43.3 LDCV y la obligación del comisario de formar inventario y hacer separación de bienes. Otro argumento adicional es que la normativa fiscal presume la permanencia en el cargo puesto que le obliga al comisario a la presentación de las declaraciones formales so pena de sanciones salvo que renuncie al cargo[2123].

MERINO HERNÁNDEZ y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2124] entienden necesaria la aceptación formal en escritura pública y éste último, además, la necesidad de notificación de la aceptación al requirente. La LDCV no exige tales requisitos pero resultan más que convenientes para acreditar el vigor del cargo de comisario ante particulares y administraciones públicas.

### 3. Formación por el comisario del inventario de la herencia.

*3.1. Obligatoriedad de la formación de inventario.* Este deber fue introducido por la Ley 3/1992 y ha sido ampliada (al avalúo) y concretada por el art. 34 LDCV. Pese a alguna sentencia que, excepcionalmente ha establecido lo contrario, la jurisprudencia[2125] y la doctrina[2126] ya sentaron bajo la Ley 3/1992 la obligación del comisario, judicialmente exigible, de formar inventario de los bienes hereditarios. El causante no puede dispensarle de esta obligación[2127], que está íntimamente ligada a su

[2121] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 367.
[2122] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74.
[2123] P.ej. de fallecimiento (art. 66.3 Norma Foral de Bizkaia 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) y de inventario de los bienes hereditarios (art. 74), bajo sanciones por faltas a dichos deberes formales (art. 78.3-a)
[2124] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 135. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 454.
[2125] P. ej., la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 02-05-2018 o la Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Getxo. Es curiosa la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 pues va a la contra del sentido general diciendo que la Ley 3/1992 no otorgaba acción para obligar al comisario a formar inventario de los bienes hereditarios pero sí que se podría pedir su remoción por esta falta.
[2126] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 164. ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 138; CELAYA IBARRA, Adrián*, Derecho civil vasco,* obra cit., pp. 139. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2011, obra cit., pp. 913 y 914.
[2127] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 164. ARZANEGUI

carácter de gestor de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio y en evitación de fraudes a los sucesores presuntos y a los acreedores.

En opinión de ASÚA GONZÁLEZ[2128], fundada en el art. 450 CDFAragón, la formación de inventario hereditario debería corresponder por ley al administrador de la herencia, no al comisario, puesto que la solución legal puede crear disfunciones en la ejecución de la fiducia[2129]. También GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y CELAYA IBARRA [2130] entendían que en el caso que no coincidiese el cargo de administrador con el de comisario se imponía la colaboración entre ambos.

Y cierto es que la introducción del deber de inventario por la Ley 3/1992 fue simultáneo a la expresa habilitación legal del comisario como administrador y representante de la herencia. Sin embargo, se está olvidando que en Aragón el fiduciario viudo es siempre el administrador, luego la posibilidad de que el inventario lo haga un administrador que no sea fiduciario tiene lugar sólo en la fiducia colectiva (art. 449 CDFAragón). Además, siendo indudable este aspecto gestor del inventario, me parece más importante que la formación de inventario por el comisario tiene relación directa con su obligación de ordenar la herencia, pues el inventario define y clasifica los bienes, derechos y obligaciones que deja el causante a su muerte, que eso es la masa hereditaria (art. 17.1 LDCV/art. 659 CC). Y tanto el art. 34, como el art. 43.3 sobre la separación de bienes, como el art. 43.5, todos de la LDCV, sobre autorización para que el comisario altere por enajenación el contenido de los bienes de la herencia, demuestran que del inventario tiene por objeto la publicación del contenido de la herencia para salvaguardar los intereses de acreedores, legatarios y legitimarios.

Por fin, tal y como concluimos más arriba, no es tan grave la supuesta desventaja de la LDCV de que el comisario deba ser capaz para cumplir su cometido al tiempo de ejercer el poder testatorio, frente a la solución aragonesa de que debe serlo al tiempo de

---

SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 137. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 380. Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Getxo, P.O. 376/2014. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 446.

[2128] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 954.

[2129] SAP de Teruel, sec. 1ª, de 10-06-2019 da a entender la consideración de defecto formal subsanable de la falta de realización del inventario antes de la ejecución parcial de la fiducia que ostentaba sobre la mitad indivisa de la herencia, por cuanto, expone, la ausencia de dicho inventario (art. 450 CDFA) imposibilitaba saber si se estaba excediendo o no de dicha mitad. Por el contrario, el AAP de Teruel, sec. 1ª, de 16-01-2019 encuentra justificada la solicitud de medidas cautelares de que se suspenda la ejecución de la fiducia hasta tanto no se efectúe inventario de los bienes de la herencia, privativos o consorciales (art. 450 CDFA), ya que, la adjudicación de unos u otros bienes, a riesgo de ser de irrevocable, podría producir perjuicios de difícil o incluso imposible reparación.

[2130] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 164. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 178.

la apertura de la sucesión, puesto que, centrándonos en el inventario, éste siempre podrá ser judicialmente formado.

*3.2. Caracteres del inventario que debe formar el comisario.* El art. 34.1 LDCV aclara que las obligaciones del comisario de efectuar el inventario de bienes y deudas del causante, así como su avalúo, no son dispensables por éste[2131], pues los presuntos sucesores pueden exigirlo judicialmente a costa del comisario.

Tiene razón URRUTIA BADIOLA y me retracto de lo antedicho[2132] sobre que este inventario no es el inventario final del art. 60 LDCV preciso para el ejercicio del poder testatorio y el pago de las legítimas, sino el inventario inicial al tiempo del fallecimiento del causante, por lo que no precisa en su elaboración del concurso de las personas que en dicho precepto se establecen. Sí que coincidimos en que dicho inventario del art. 34 LDCV, cuando no haya sido judicialmente formado, no tiene efectos frente a terceros -Hacienda (art. 50 LGT), ni a la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 110 Reglamento General de Recaudación), ni a la Administración Concursal (art. 94.5 Ley Concursal), ni a la ejecución judicial (art. 637 y ss. LEC)- como sí lo tiene el del beneficio de separación de bienes (art. 21.3 y 43.3 LDCV)[2133], en caso de que se forme judicialmente.

*3.3. Legitimación activa para pedir al comisario la formación de inventario.* Le corresponde a los "presuntos sucesores" (art. 34 LDCV), pero mientra URRUTIA BADIOLA, en opinión que comparto, entiende que tal término comprende tanto a los comprendidos en la gama de beneficiarios que el causante haya designado conforme al art. 33.2 LDCV, como a los legitimarios de éste (arg., art. 43.5 LDCV), ASÚA GONZÁLEZ parece reducirlo a sólo los primeros[2134]. Si el testador no tuviere viudo/pareja de hecho, legitimarios ni tronqueros, esto es, pudiera distribuir libremente de la herencia, los sucesores presuntos serían los herederos abintestato (art. 33.3 y 110 y ss LDCV).

---

[2131] ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 170, CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 178. "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 379. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 954 y 955. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 446.

[2132] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 380. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74.

[2133] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74.

[2134] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 380. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, ed. 2016, obra cit., pp. 954 y 955.

Los acreedores del *de cuius* y legatarios tienen la vía indirecta de pedir la formación de inventario mediante el recurso al uso del beneficio de separación de los bienes del causante (art. 43.3 LDCV), primero al comisario y, por su inacción, al Juez[2135].

*3.4. Legitimación pasiva para pedir la formación de inventario.* Caso que el comisario no sea el administrador, posibilidad contemplada en el art. 37 LDCV, el primero deberá obtener la colaboración del segundo para formar inventario tal y como defienden ARZANEGUI SARRICOLEA, CELAYA IBARRA, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, ASÚA GONZÁLEZ, URRUTIA BADIOLA y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2136]. Este último admite que se pueda recurrir a expertos tasadores, lo que también constituye mi opinión, gasto que forma parte de las cargas de la herencia (art. 21.1 LDCV) y que puede delegar su elaboración formal en terceros, aunque debe suscribirlo personalmente, tal y como vimos al hablar del carácter indelegable del cargo de comisario.

*3.5. Contenido. Inventario y avalúo.* Constituye novedad del art. 34 LDCV el deber del comisario de proceder a la valoración de los bienes hereditarios (avalúo)[2137] y no sólo su mera relación (inventario) como establecía el art. 36 Ley 3/1992.

El comisario no cumple con tal obligación con la entrega a los presuntos sucesores de copia del correspondiente impreso o liquidación tributaria de la herencia[2138]. La razón es la escasa concreción en la identificación de la de bienes que permite el impreso fiscal, que no "da cuenta" de los bienes, derechos y obligaciones relictos como exige el art. 34.1 LDCV. Pues "dar cuenta" no sólo es la notificación a los presuntos herederos, sino hacer "cuenta", "asiento" o partidas. E inventario según el Diccionario de la RAEL" es el "Asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y precisión". Orden, claridad y precisión que recuerda el antiguo art. 1066 LEC 1881 y concuerda perfectamente con el art. 659 CC/art. 17.1 LDCV sobre los bienes que componen la herencia.

---

[2135] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74.

[2136] ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 178. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 178. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 164. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 954. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 138. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* Tomo XXXIV, Vol. 1º, obra cit., pp. 178. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 954.

[2137] ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián-María, en "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio", obra cit., pp. 138, entiende que el avalúo de los bienes era innecesario por la libertad distributiva de las legítimas de que gozaba el comisario, sin perjuicio de que el causante se lo impusiera.

[2138] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 379. La Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Getxo, P.O. 376/2014 y la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil, de 18-12-1997.

Su contenido es el propio de todo inventario, judicial o notarial (art. 17.1 LDCV, art. 786 y 794 LEC y art. 68.2 Ley del Notariado), es decir, una mera relación de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, decidiendo "*prima facie* y en función de la apariencia de los documentos la procedencia de incluir o excluir determinados derechos u obligaciones, sin entrar en cuestiones complejas, como la colación de donaciones, impugnaciones de actos u obtener declaraciones en favor de la herencia yacente de créditos controvertidos"[2139]. Y, como dice con razón LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2140], el colofón imprescindible del inventario es liquidación de la sociedad conyugal para la determinación del haber hereditario, aunque ello no es obstáculo para que el comisario pueda disponer de bienes comunes al causante y al mismo sin dicha previa liquidación, cuestión que veremos más tarde.

*3.6. Forma del inventario.* CELAYA IBARRA, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y URRUTIA BADIOLA[2141] entienden, con razón, que no se exige ninguna forma concreta fuera de la escrita, que no es preciso formular un inventario notarialmente, como, p.ej., exige el art. 450 CDFAragón.

De la misma manera, tampoco hay formalidad alguna para notificar el inventario a los presuntos sucesores, razón por la que podrá hacerse mediante acto de conciliación, requerimiento notarial, burofax, carta certificada… o mera firma de los requeridos al pie del documento en señal de su recepción.

Añade OÑATE CUADROS [2142]acertadamente que no es exigible a los efectos de otorgamiento de escritura pública e inscripción registral, la acreditación fehaciente del conocimiento en la formación del inventario, su no oposición, ni su consentimiento para el ejercicio de las facultades fiduciarias por el cónyuge comisario.

*3.7. Plazo para formar inventario.* Conforme al art. 34.1 LDCV el comisario debe formar el inventario en un plazo de seis meses desde que, fallecido el testador, tenga el comisario conocimiento de su designación (no mera noticia[2143]). Este plazo, al contrario que en Aragón (art. 450.2 CDFA), no es prorrogable ni concurriendo justa causa, pero los legitimados al efecto podrán pedir judicialmente su cumplimiento en forma específica una vez transcurrido dicho término.

*3.8. Formación del inventario en forma específica.* Estimaba CELAYA IBARRA[2144] que el incumplimiento del plazo fijado por la ley para la formación de inventario no da lugar a la imposición de ninguna sanción al comisario, pero sí a la exigencia de su cumplimiento en vía judicial, de modo que si requerido éste (en

[2139] Cfr. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, 02-05-2018.
[2140] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 414.
[2141] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 179. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 164. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 379.
[2142] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Abran paso a la libertad civil (II)", obra cit., pp. 17.
[2143] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 179.
[2144] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVI, obra cit., pp. 179.

cualquier forma fehaciente) no cumple el deber de inventariar los bienes en el plazo de seis meses, el juez podrá acordar que se realice a su costa. Por su parte, señala MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2145], igualmente de modo atinado, que la falta de confección del inventario tampoco da lugar a la puesta de la herencia en administración por un tercero, como que prevé el CDFAragón para el usufructo, sino a la obligación judicialmente exigible de elaborarlo. Sin embargo, dicho incumplimiento puede dar lugar a responsabilidades del comisario por los daños que cause a los presuntos sucesores y, en su caso, a los acreedores de la herencia[2146].

*3.9. Impugnación del inventario del comisario.* El inventario no tiene un valor absoluto ni cuanto a la determinación de los bienes y deudas, ni en cuanto a su valoración, pues el art. 34.3 LDCV ya avisa que "Los presuntos sucesores y los acreedores de la herencia podrán impugnar el inventario pidiendo la inclusión de bienes omitidos" o "la revisión de su valoración" (acción rescisoria, caducable, art. 1075 y 1299 CC)[2147].

3.9.1. Impugnación de las partidas del inventario. Por analogía con el art 1079 CC y su jurisprudencia, no es una acción rescisoria, sino de partición y, por tanto, es imprescriptible (STS, Sala 1ª, de 18-07-2005 ex art. 1965 CC), aunque cabe su renuncia (STS, Sala 1ª, 20-01-2012). Ha de recurrirse a juicio declarativo como entiende la jurisprudencia, por todas, AAP de Madrid, sec. 22ª, de 13-04-2007: "las acciones de complemento o adición al no tener señalado por la Ley una tramitación específica, ello determina su derivación hacia el juicio declarativo que, por su cuantía, corresponda, a tenor de lo prevenido en el art. 248 de la LEC".

3.9.2. La impugnación de la valoración de los bienes. Es una acción rescisoria ex art. 1074 CC, sujeta a caducidad de cuatro años (art. 1076 CC) y es subsidiaria (art. 1294 CC) de la nulidad de la valoración hecha por el comisario en contravención del art. 60 LDCV.

**4. Administración y representación de la herencia, pendiente el ejercicio del poder testatorio.**

Estando el poder testatorio en fase de pendencia de su ejercicio, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del mismo, queda diferida la delación, por lo que es imprescindible que se regule la administración y representación de la herencia yacente. Recordemos que este patrimonio con titular transitoriamente indeterminado

[2145] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 138.
[2146] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 381 y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015.
[2147] Que haya de recurrirse a la impugnación, incluso judicial (juicio declarativo, art. 248.1 LEC) al efecto de impugnar la decisión del comisario, incluso la pasividad de que no haga inventario, es lógico por el papel primordial de éste en la sucesión sujeta al Derecho civil vasco. Y, entronca con que las operaciones particionales practicadas por el Contador-Partidor, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros "recibe de la ley que lo autoriza su fuerza de obligar, cual si fuera hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella mientras no sea anulada o rescindida por otra causa apropiada" (STS de 17-04-1943). Igualmente las STS de 23-01-1927, 17-05-1910, 12-12-1906; RDGRN, 29-06-1913, 30-01-1915, 09-03-1921, 25-01-1927, 12-12-1927. De la misma manera, SAP de Salamanca de 11-07-1998, SAP de La Coruña, sec. 3ª, de 22-06-1998, la SAP de Las Palmas, sec. 5ª, de 27-01-2003 y la SAP de La Coruña, sec. 5ª, de 25-11-2005 que invoca con igual doctrina la STS de 10-01-1934.

será la responsable de las deudas tanto las por ella generadas como las del causante, siendo posible que sea demandada (art. 6 LEC, 37 LDCV y art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal)[2148], pues los administradores ordinarios de la misma, los herederos no han sido llamados a la herencia (art. 17.1, 19.2 y 21 LDCV y 999 CC)[2149].

*4.1. Administrador de la herencia vs. comisario.*

Los art. 37 y 41.3 LDCV establecen un orden de preferencia para los llamados a administrar la herencia[2150]: a) albacea[2151], b) viudo del causante y c) comisario. Lógica prelación (cfr. art. 795.2º LEC), pues el viudo será generalmente el usufructuario[2152] y "alkar poderoso" (art. 41.3 LDCV), por lo que no es deseable que haya dos administraciones concurrentes sobre los mismos bienes, pues el usufructuario disfrutará de gran parte de las facultades inherentes al derecho de propiedad, entre ellas la de administración de los bienes usufructuados[2153].

ASÚA GONZÁLEZ, GALICIA AIZPURUA y MARTÍN OSANTE[2154] apuntan que el comisario viudo también administrará los bienes de la sociedad conyugal que

[2148] Cfr. AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 21-04-2004 y, sobre todo, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016.

[2149] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 75.

[2150] Sin duda fruto de las reflexiones de CASTILLO TAMARIT, José Vicente en "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya", obra cit., pp. 363 y 364.

[2151] Con lo que podría plantearse quién administra y representa la herencia cuando concurre el usufructuario no comisario con un comisario o con un albacea (si hay albacea no la administra y representa el comisario, por lo dicho). La jurisprudencia se decanta por unas facultades solidarias, cualquiera puede actuar en el marco de su competencia siempre que lo haga en beneficio de la herencia, no en el exclusivo propio y sin oposición de otros administradores. Así, la SAP de Barcelona, sec. 13ª, de 15-12-2010 establece: "En orden a la legitimación activa, tiene que ver con el objeto antedicho, la posesión real, lo cual nos da una amplia legitimación que se concreta en la titularidad de un derecho sobre la finca que autorice a disfrutarla (dueño, usufructuario, o cualquier otro análogo, titular registral, poseedor real, heredero en beneficio de la herencia, cualquier comunero -desde la STS 21.4.1904 hasta, entre otras muchas, las de 9.2.1991, 22.5.1993, 18.3.1994,...en relación con los arts. 392 y ss CC, 552.1 y ss CC, a no ser que el actor actúe en su beneficio exclusivo o cuando conste la oposición del resto de comuneros- administradores, herencia yacente, comprador, adjudicatario en procedimiento judicial o extrajudicial, subarrendador frente a subarrendatario...". Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 406, debe prevalecer el albacea y en su defecto el fiduciario.

[2152] Bajo el régimen Ley 3/1992 sólo se concedía por Ley el usufructo (sin perjuicio de su concesión voluntaria) al comisario-viudo en comunicación foral de bienes (art. 105). Esta coordinación del poder sucesorio y el usufructo es clave pues el comisario-viudo va a llegar casi siempre a ser usufructuario de la herencia yacente bajo poder sucesorio sin que ello sea gravamen sobre la legítima (art. 70), por tres vías: a) el causante le lega el usufructo universal de sus bienes (art. 57 LDCV); b) el régimen económico del matrimonio es el de comunicación foral (art. 141.3 LDCV), y, por fin; c) el alkar poderoso que se da al comisario-viudo ex art. 41.3 y D.Tª. 4ª LDCV (poderes testatorios anteriores a la entrada en vigor Ley 3/1992) por el mero hecho de ser comisario-viudo, salvo disposición en contario del causante.

[2153] Ello es evidente aunque no esté expresamente manifestado en el articulado sino de manera indirecta en los art. 21.c) LDCV y art. 490, 494 y 520 CC. SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 15-03-2001: "el usufructuario ejercerá los derechos que correspondan al condueño de la cosa referentes a la administración y a la percepción de frutos o intereses". En cuanto a la afirmación de que el usufructuario es el administrador de los bienes usufructuados, la SAP de A Coruña, sec. 5ª, de 24-02-1999, SAP de Burgos, sec. 2ª, de 24-09-2007.

[2154] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371. GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 367. MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El*

tuvo con el causante, sea la de gananciales (art. 1344 CC) o la comunicación foral de bienes (art. 129 LDCV). URRUTIA BADIOLA[2155] opone con razón que eso es verdad en comunicación foral de bienes (art. 141.2 LDCV) pero no en gananciales ni en separación de bienes.

El comisario es un cargo responsable en cuanto que se le nombre administrador y representante de la herencia[2156]. Razón por la que: a) el causante le puede imponer garantías al comisario (art. 37.1 LDCV); b) debe rendir cuentas como gestor que es (STS, Sala 1ª, de 07-01-1959), solución igual al albacea (STS, Sala 1ª, de 16-04-1998); c) la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 3ª, de 01-12-2015 apuntan a que no cabe removerle del cargo por incumplimiento de sus deberes (cfr. art. 910 CC), aunque la última sí alude a su posible responsabilidad[2157]. Igualmente puede tener responsabilidad concursal (art. 164.2.4 y 172 Ley Concursal y MARTÍN OSANTE[2158]).

Pero como apunta MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2159] si bien el fiduciario que sea también administrador, responderá, como todo administrador de patrimonio ajeno, de los daños y perjuicios que se causen al patrimonio administrado por su culpa o negligencia, no hay responsabilidad a consecuencia de la ejecución de la fiducia. Estoy de acuerdo pues así se desprende de la literalidad del art. 37.1 LDCV ("será representante y administrador del caudal la persona que el testador hubiere designado en su testamento, con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga") y añado: 1º. el sucesor no puede ir contra los actos de su causante, que lo mismo es el comisario a estos efectos. 2º. los sucesores presuntos no pueden tener daños, pues siendo revocable el testamento y no adquiriendo el sucesor derecho alguno hasta la apertura de la sucesión, nada ha perdido ex art. 1106 CC pues como gráficamente señalan las STS, Sala 1ª, de 26-12-1996, de 05-11-1998, de 28-10-2004 y 07-07-2005, entre otras, el lucro cesante "no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna" o "meros sueños de ganancia"[2160].

En dicha línea, CELAYA IBARRA[2161] rechazó la posibilidad de que el comisario pueda ser removido por incumplimiento del cargo, pues es más que un administrador, postura que GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2162] entiende reforzada por dos razones, porque el art. 40 Ley 3/1992 (actual art. 37 LDCV) separa ambas condiciones, la de

---

*régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, obra cit., pp. 647.

[2155] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 395.

[2156] Nótese el paralelismo entre el usufructuario y el comisario que gozan de facultades sobre un patrimonio que no les es propio y, en consecuencia, han de determinarlo mediante un inventario y prestar fianza o garantía, en su caso, art. 491, 492 y 522 CC.

[2157] Es curiosa la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 pues va a la contra del sentido general diciendo que la Ley 3/1992 no otorgaba acción para obligar al comisario a formar inventario de los bienes hereditarios pero sí que se podría pedir su remoción por esta falta.

[2158] MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, obra cit., pp. 367.

[2159] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 139.

[2160] En similar sentido, ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. "Comentario a los arts. 110 a 118 de la Compilación (De la fiducia sucesoria)". En *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Vol. 3, obra cit., pp. 468.

[2161] CELAYA IBARRA, Adrián*, El testamento por comisario,* obra cit., pp. 782.

[2162] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 186.

administrador-representante del caudal y la de comisario; y porque el art. 48 Ley 3/1992 guarda silencio sobre el incumplimiento o cumplimiento negligente de sus funciones como causa de extinción del poder[2163]. Y concluye que si el administrador no es el comisario, podrá ser removido del cargo. Si es el propio comisario, podría quizás privársele de la administración (aunque cabe la duda de a quién se le atribuiría entonces), pero siempre seguiría siendo comisario y, por tanto, la persona encargada de elegir heredero.

*4.2. Facultades de administración ordinaria de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.* Mientras el art. 37 LDCV concede facultades de administración al comisario, no señala cuales sean estas funciones administrativas mínimas. Para el "alkar poderoso" el art. 43.3 LDCV indica las que se consideran de "administración dinámica", más amplias, que luego veremos, pero no se especifican cuáles son las facultades ordinarias o básicas de administración, más allá de la tautológica expresión "realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador".

Dichos preceptos son muy similares a los art. 451 y 452 CDFAragón[2164], los cuales son *ad exemplum* a decir de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2165], docta opinión que considero traspolable perfectamente a los citados art. 37 y 43 LDCV.

Nos queda no obstante el art. 21.1 LDCV y el Derecho comparado, en que se suelen citar las facultades del albacea universal de ley 297 CDCNavarra y art. 429, ap. 8 a 10 CCCataluña. Vamos a seguir a CÁMARA LAPUENTE[2166] :

4.2.1. Posesión de los bienes (art. 431 CC).

4.2.2. Representación judicial y extrajudicial de la herencia (art. 37.1 LDCV)[2167].

4.2.3. Actos de conservación y explotación del patrimonio hereditario, incluyéndose (art. 21.1.c) LDCV) la gestión de los negocios del causante. MARTÍNEZ-

---

[2163] En tal sentido se pronuncian las SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 3ª, de 01-12-2015.

[2164] Art. 451 CDFAragon: "Se pagarán con cargo al caudal relicto: a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas. b) Las cargas y deudas de la herencia. c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.
Artículo 452. Contenido de la administración y representación.
1. El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.
2. En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.

[2165] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 415.

[2166] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 854 y ss..

[2167] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 7-04-2004, AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011 y SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2013 sobre falta de legitimación activa de la sucesora presunta en relación a acciones sobre los bienes hereditarios; y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 en general sobre la imposibilidad de los herederos presuntos de inmiscuirse en distintas cuestiones en que estaba interesado el causante.

CORTÉS GIMENO[2168] entiende que se permite no sólo la mera venta de productos que constituyan el tráfico normal de la empresa para la obtención de ganancias y mantener el funcionamiento de la empresa, sino también la realización de actos de disposición para mejorar la explotación empresarial. Si el patrimonio empresarial fuere de tipo societario entiende dicho autor que el administrador podrá ejercer todos los derechos del socio: derecho de información, voz y voto en las juntas, cobrar dividendos (que pasarán a integrar el patrimonio hereditario). En el ejercicio del derecho de suscripción preferente se plantea si es un acto de administración o un acto de disposición y concluye que para ejercerlo y cubrir la suscripción se necesita disponer de dinero procedente del patrimonio hereditario, parece más un acto de disposición.

4.2.4. Pago de cargas, deudas y gastos de conservación de la herencia (art. 21.1.c) y d) LDCV).

a) Las "deudas de la herencia" (art. 21.1.b) LDCV) son propiamente las del *de cuius* en coherencia con los art. 17.1 LDCV y art. 659 CC, como es de ver por contraposición a las contempladas en los subapartados a) y c) de dicho precepto y su pago, a falta de heredero recae en el comisario foral viudo o *Alkar poderoso* (como administrador que es) y, en su defecto en el administrador de la herencia[2169].

b) Las "cargas de la herencia según GALICIA AIZPURUA[2170] son: "todas aquellas obligaciones que nacen tras la muerte del causante y que se originan precisamente por el simple hecho de su óbito (p. ej., gastos de sepelio) o a causa de la apertura de la sucesión (v. gr., gastos derivados de la entrega de legados)". Su pago debe hacerlo el administrador, y si desempeña tal función, el comisario.

c) Deudas de la propia herencia como tales[2171]. Podríamos definirlas como las surgidas tras la muerte del causante pero no intrínsecas del fenómeno de la sucesión sino consecuencia de la propia existencia de su patrimonio subsistente en el tráfico jurídico. Son:

(i) "Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas" (art. 21.1.a) LDCV. Este deber se impone a todo administrador de la herencia, sean los herederos, legatarios, albaceas, el comisario foral (art. 38 LDCV), los administradores judiciales (art. 707 y ss. LEC) o Concursales (art. 47.2 Ley Concursal). Entiendo que no son "cargas de la herencia", no sólo por que el citado art. 21 LDCV las trata en subapartados distintos, sino porque: 1. argumento histórico-ontológico: La obligación de alimentos proviene del antiguo art. 41 Ley 3/1992 (ahora el art. 38 LDCV) que los cargaba contra los frutos de la herencia, no contra el principal de la misma y; 2. argumento literal: La herencia responde supletoriamente. De hecho, la LDCV actúa como "red de seguridad" familiar a la inversa que en el régimen del Código civil cuyo art. 150 establece que la obligación de

[2168] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 161.
[2169] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", obra cit., pp. 612.
[2170] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código civil y en los Derechos civiles autonómicos", en Gorka Galicia (dir.), *Deudas y herencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018. ISBN 978-84-9177-956-8, pp. 31.
[2171] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho civil vasco", obra cit., pp. 612.

suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

(ii) Conforme al art. 21.1.c) LDCV también son deudas de la herencia: "los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como de las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante, o que se derivan de su explotación, cuando no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario"). Este precepto, como los art. 41.3 y 43.3 LDCV, forman parte del *status* natural (por defecto) del *Alkar poderoso* o comisario viudo (o miembro supérstite de la pareja de hecho inscrita) quien está obligado a satisfacer tales impensas. Obviamente, de existir otro usufructuario que no sea el *alkar poderoso*, también deberá pagar dichos gastos (art. 500 y ss. CC), particularmente el usufructuario poderoso ayalés conforme al art. 94 LDCV que ordena que "Todas las reparaciones, gastos, cargas y contribuciones de los bienes objeto del usufructo poderoso serán de cargo del usufructuario mientras no disponga de los mismos". Por último, los gastos de conservación tipificados lo son a título de ejemplo y tienen su equivalencia en los art. 500 y ss., 902, 1026, 1027, 1031 y 1893 CC y el art. 798 y 801 LEC.

4.2.5. Hacer las operaciones necesarias para la liquidación de toda clase de impuestos, pagarlos e interponer los recursos que procedan[2172].

4.2.6. Disponer y pagar lo referente al entierro, funerales y sufragios piadosos (cargas de la herencia, art. 21.1.c) LDCV), conforme acabamos de ver.

*4.3. Facultades de administración dinámica de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.* Establece el art. 43.3 LDCV: "El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen, y realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido. Igualmente estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario"[2173].

[2172] Conforme al art. 66.3 Norma Foral de Bizkaia 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en las herencias sometidas a un «alkar-poderoso» o poder testatorio, el comisario de la herencia deberá presentar una declaración tributaria en la que se haga constar el fallecimiento del causante. A tenor del art. 74 de dicho texto legal, en las herencias bajo «alkar-poderoso» o poder testatorio, el comisario, en el plazo de un año a contar desde la fecha de fallecimiento del causante o desde la fecha en que gane firmeza la declaración de fallecimiento del mismo según lo dispuesto en el artículo 196 del Código Civil, estará obligado a presentar un inventario de los bienes de la herencia así como la justificación documental del poder. El comisario deberá comunicar a la Administración tributaria las alteraciones producidas en el inventario de los elementos patrimoniales que formen parte de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio, siempre que las correspondientes alteraciones patrimoniales no impliquen el devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El comisario, en el plazo de un mes contado a partir de la fecha en que se haga uso parcial o total del poder testatorio con carácter irrevocable o se produzca alguna de las demás causas de extinción del mismo, deberá comunicar tales extremos y presentar ante la Administración tributaria la documentación acreditativa de dicha utilización o justificar de otro modo su extinción.

[2173] Hay un evidente origen aragonés de la norma (art. 452 CDFAragón) según reconoce URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas", obra cit., pp. 181. Ese

Critica ASÚA GONZÁLEZ, con razón[2174] que las facultades señaladas no son todas las existentes y parece que sólo se confieren al "alkar poderoso". No obstante, explica URRUTIA BADIOLA[2175] que la exclusión del comisario ordinario responde al objetivo de la LDCV de primar la figura del cónyuge viudo/pareja de hecho. Este autor parece circunscribir las facultades de administración extraordinaria o dinámica al cónyuge viudo aunque no si es bien leído[2176]. Entiendo que las facultades de administración dinámica y de disposición pueden conferirse al comisario no cónyuge por las siguientes razones[2177]: a) El principio de libertad civil y prevalencia de la voluntad del causante (arts. 4, 18.1 y 46 LDCV). b) La ausencia de perjuicios para el acreedor de la herencia que siempre podría haber impetrado el beneficio de separación de bienes (arts. 21.3 y 41.3 LDCV). c) Que no perjudica al viudo, porque si el art. 43 LDCV parece reducir la autorización para disponer de bienes al *alkar poderoso* ha de entenderse porque el viudo casi seguro que va a ser usufructuario de los bienes hereditarios por las diferentes vías antedichas o por su legítima, por lo que sin su consentimiento no cabe enajenar sino la nuda propiedad, nada que un tercero quiera comprar. O sea, la LDCV presume que a medida que el comisario *alkar poderoso* enajene el pleno dominio de bienes hereditarios reducirá su usufructo voluntariamente.

Las facultades de adminitración dinámica para URRUTIA BADIOLA[2178] son:

4.3.1. Satisfacer las obligaciones, cargas y deudas de la herencia. Con un interpretación sistemática podemos concluir que no sólo podrá hacer el pago en sentido estricto (art. 1157 CC), sino todos sus equivalentes o sustitutivos (transacción, condonación, compensación, etc., cfr. art. 1156 CC). Y particularmente (cfr. art. 903 CC realizar actos de disposición para pago (art. 43.4LDCV).

4.3.2. Gestionar los negocios que formen parte del caudal. Lo que nos lleva a que determinados actos que en sede civil son considerados de disposición, p.ej., venta de inmuebles o instalaciones, dependiendo del objeto del comercio pueden ser considerados propios del tráfico del mismo, meros actos de administración. Piénsese en la diferencia entre que venda un inmueble un particular a que lo venda un promotor. En la misma medida, el gestor podrá ir desgranando las cuentas y partidas del Plan General de Contabilidad (cfr. art. 25 CCom) y por tanto abordar las cuestiones fiscales

---

mismo autor URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, en "Testamentificación en la Ley Civil Vasca", obra cit., pp. 122 y 123, comenta que se introdujo el precepto a instancias de D. Javier Oleaga. Andando el tiempo este Anteproyecto devendrá la Propuesta de LDCV de 2012 y, luego la propia LDCV. Estamos hablando de una interpretación auténtica de este texto legal.

[2174] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 372.

[2175] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 422.

[2176] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 396 aparentemente a favor concesión facultades al comisario no "alkar poderoso". El mismo autor en la pp. 422 se manifiesta, sólo aparentemente, en contra. Hay que ir al pie de página, nº 10, de la 424 para leer que comparte mi opinión. Mucho antes, a favor, CASTILLO TAMARIT, José Vicente, "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya", obra cit., pp. 366.

[2177] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 76.

[2178] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 423.

(planificación, liquidación, recursos), laborales (contratación, negociación, disciplina, despidos, etc.), seguridad social (altas, bajas, pago, recursos), civiles (arrendamientos) y mercantiles (proveedores, clientes, suministros, etc.).

4.3.3. Cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen. Toda actividad civil o mercantil conlleva pagos, cobros y financiación. El art. 43.3 LDCV así lo aclara y, en consecuencia el comisario viudo administrador podrá constituir fianzas, hipotecas, créditos pignoraticios, etc., con el límite general de los bienes que no pueda gravar por sí mismo conforme al art. 43.5 LDCV.

4.3.4. Realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido, de lo que deduce URRUTIA BADIOLA[2179], con razón, que habrá que estar en primer lugar, a lo que el comitente haya dispuesto y, en su defecto, el comisario tendrá las facultades reseñadas.

No obstante, entiendo que dichas facultades de administración dinámica, particularmente los pagos, no son generalmente posibles sin la facultad de disponer bienes de la herencia para obtener liquidez, facultad que viene regulada en el art. 43.4 LDCV, que analizamos de seguido.

**5. Disposición onerosa de bienes de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.**

Ahora vamos hablar de la enajenación por el comisario de bienes hereditarios a título oneroso, pues la disposición[2180] gratuita de los mismos constituye el ejercicio del poder testatorio del que después hablaremos en el epígrafe correspondiente[2181]. El art. 43.4 LDCV ordena: "El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia".

---

[2179] Ibídem.

[2180] El acto de administración se define por Doctrina y jurisprudencia como el acto dirigido a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible y desde luego su conservación, y así es a la vista del art. 43.3 de la LDCV. Y como tal administrador (art. 6.1.4º y 7.5 de la LEC) el usufructuario, en situación *pro diviso* es el representante en juicio de la herencia yacente. Y ello se cohonesta con las obligaciones del art. 21.1.c) y le aproxima (art. 144 de la Ley 3/1992). El usufructuario carece, salvo autorización del causante, del derecho de enajenar, ni siquiera en interés de la buena economía del patrimonio, y tampoco para subrogar objetos singulares del mismo por otros nuevos, pues ex STS, Sala 1ª, de 19-01-1962, conservar la sustancia significa la prohibición de destruir o consumir total o parcialmente la cosa y conservar la forma significa la prohibición de alterar su destino económico (art. 467 CC). *Obiter dicta* la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-10-2018 habla de imposibilidad de disponer a título oneroso de bienes de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio sin tal consentimiento de los sucesores presuntos.

[2181] URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 424.

Este precepto proviene del art. 453 CDFAragón[2182], cuya redacción es igualmente similar al art. 424-4.2 CCCataluña[2183]. Una interpretación coordinada de los art. 21 y 43 LDCV nos lleva a las mismas conclusiones.

*5.1. Autorización al comisario no cónyuge o pareja de hecho para disponer.* El causante podrá autorizar a cualquier comisario a ejecutar actos de administración dinámica y a disponer de bienes de la herencia, siendo indiferente que sea el viudo o no[2184]. Al revés, se plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2185], si el causante puede prohibir toda enajenación con carácter absoluto. Y concluye que, debemos inclinarnos por la solución negativa, puesto que quedaría a salvo de dicha prohibición la enajenación que tenga por objeto el pago de deudas. Cabría en consecuencia restringir pero no prohibir totalmente las facultades dispositivas del comisario.

La enajenación puede ser por causa de necesidad, especialmente, en liquidación de la herencia o por mera oportunidad para sustituir unos bienes por otros. El juicio de oportunidad o necesidad de la enajenación y un hipotético malbaratamiento de bienes sí puede dar a exigir responsabilidades al administrador como todo gestor, tal y como vimos arriba.

*5.2. Disposición onerosa por el comisario de ciertos bienes hereditarios.* Habiendo, o no legitimarios del causante el art. 43.4 LDCV el comisario viudo/pareja de hecho puede disponer de los bienes hereditarios en general, como hemos visto, para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. Lo mismo podrá hacer el comisario no alkar poderoso si el comitente le hubiera autorizado para ello.

Pero será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar para enajenar bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos (cfr. art. 323 CC); y, siendo los legitimarios menores o incapaces, la autorización judicial (art. 43.5 LDCV)[2186]. Nótese

[2182] En obras anteriores el autor entendió que como el precepto es casi igual que el art. 453 CDFAragón, tenía la misma interpretación que vendría a ser "fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, ora para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 451, ora cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros". Tras la publicación de la fe de erratas de la LDCV (BOPV nº 84 de 05-05-2016), el precepto vasco es alternativo comprende tres supuestos, autorización al viudo y, a falta de ésta, para pagar deudas o para subrogar los bienes.

[2183] Sobre la interpretación de este último precepto véase GETE-ALONSO Y CALERA, María-Carmen. "Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 766.

[2184] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 396 aparentemente a favor concesión facultades al comisario no "alkar poderoso". El mismo autor en la pp. 422 se manifiesta, sólo aparentemente, en contra. Hay que ir al pie de página, nº 10, de la 424 para leer que comparte mi opinión. Mucho antes, a favor, CASTILLO TAMARIT, José Vicente, "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya", obra cit., pp. 366.

[2185] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 166.

[2186] En Derecho común, la liquidación extrajudicial de la herencia está muy somera y limitadamente regulada para el albacea (art. 902 y 903 CC) pero se concluye que el testador puede facultar a los albaceas para vender libremente los bienes hereditarios sin la intervención de los herederos voluntarios, pero no así sin la intervención de los legitimarios pues éstos tienen derecho a una porción de bienes hereditarios. Siendo la legítima vasca meramente un *pars valoris* o mero legado de cantidad contra la herencia (art.

que aquí la ley usa el término "legitimario" (art. 47 y ss. LDCV), por lo que es más restrictivo que la referencia al ambiguo término "presuntos sucesores" que pueden demandar la formación del inventario de la herencia (art. 34 LDCV), los cuales, como vimos, son tanto dichos sucesores forzosos como los que potencialmente puedan ser beneficiados por el comisario, como vimos arriba (cfr. art. 33, ap. 2 y 3 LDCV).

OÑATE CUADROS[2187] opina con razón que la autorización de los legitimarios a estos actos de disposición o de administración dinámica (no sucesores presuntos, cfr. art. 33.2 vs. 33.3 LDCV) es una de las pocas normas imperativas previstas en la LDCV, que no puede ser objeto de dispensa por el causante.

Entiende LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2188] para el Derecho de Aragón que la mejor interpretación es que los descendientes más próximos en grado excluyen a los más remotos para prestar la autorización. En el mismo sentido se pronuncia, bajo los parámetros de la legislación de Galicia PÉREZ ÁLVAREZ[2189].

Comparto dichas opiniones bajo la perspectiva de la LDCV, puesto que hasta que medie el apartamiento mediante el ejercicio del poder los descendientes más próximos en grado tienen un llamamiento legitimario preferente a los más lejanos (art. 47 y 50 LDCV). Esta interpretación conlleva un efecto *favor negotii* del art. 43.5 LDCV, de modo que existiendo hijos mayores y descendientes de estos hijos menores, basta recabar el consentimiento de cualquiera de los primeros para que el comisario pueda hacer las enajenaciones previstas en tal precepto. Lo contrario supondría el paroximo de las enajenaciones por el comisario quien, existiendo un solo biznieto, p.ej., que fuera menor o discapaz debería recurrir a la autorización judicial en tales casos aunque sus tíos fueran plenamente capaces.

Precisamente sobre esta última cuestión, se plantea el problema del término "incapaces" del citado art. 43.5 LDCV, inexistente en el supletorio Derecho civil común tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En mi opinión se obliga al comisario en concurrencia con legitimarios discapaces, tanto los sujetos a curatela representativa como a otros tipos de medidas de apoyo (o a los menores), a obtener la autorización judicial pues es la alternativa expresamente prevista por el art. 43.5 LDCV a dicha "plena capacidad de obrar" para realizar los actos de disposición citados.

Según MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2190] que quien vende es el fiduciario, lo que efectivamente tiene lugar en la práctica notarial vasca[2191], y el hecho de que uno de los legitimarios le autorice para hacerlo no implicaría, ni ejecución de la sucesión por parte del fiduciario, ni aceptación por parte del legitimario que interviene, porque dicha autorización por parte del legitimario responde, únicamente, a una exigencia legal; y

---

48.1, 19.3 LDCV y art. 884 CC) parecería que el albacea o el comisario debidamente autorizado por el testador podría siempre realizar los bienes hereditarios para pagar las deudas y las legítimas.

[2187] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 447.

[2188] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 422.

[2189] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 138.

[2190] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 171.

[2191] Véanse formularios en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, *Praxis de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 86-92.

además, porque ni siquiera ha sido declarado heredero. Tal concepción es asumible en la LDCV, pero no como la "autorización" entendida (LADARIA CALDENTEY[2192]) como una declaración de voluntad unilateral y recepticia de una persona, que confiere a otra la facultad de obrar en la esfera jurídica de la primera, en interés del titular de dicha esfera y que excluye la, en otro caso, antijuridicidad del acto, pues como ha dicho MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2193] el sucesor presunto nada decide sobre algo que sea suyo. Sería como apunta LADARIA CALDENTEY declaraciones de voluntad que rellenan la capacidad del representante legal (progenitor, tutor, etc.), quien tiene al efecto legitimación pero la capacidad debe ser complementada por un tercero (juez) quien debe constatar la existencia de las causas de utilidad o necesidad y completar la capacidad pero no suplir la falta de legitimación. Es decir, el Juez no puede dar validez a un acto de disposición fuera de la esfera de la legitimación del representante (bienes con prohibición de disponer, p.ej.), sino, constatada tal legitimación, complementa, en su caso, con la autorización, su capacidad. Dicho recurso al complemento de la "capacidad" es un poco artificioso y creo mejor la opinión de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[2194] para quien el representante legal tiene un límite en su representación que sólo puede traspasar mediante dicha autorización.

Por fin, PARRA LUCÁN[2195], se plantea si los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia. Entendemos que dada su falta de legitimación procesal para ejercitar acciones sobre la herencia conforme a la jurisprudencia no cabría tal posibilidad en Derecho Civil Vasco[2196].

*5.3. ¿Es preciso el consentimiento del viudo no comisario para enajenar bienes de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio?* Sí para enajenar la plena propiedad, pero se puede rodear este problema, p.ej. vía imponiéndole la conmutación de su derecho, como hemos visto.

*5.4. ¿Es posible que el comisario enajene bienes de de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio sin autorización del causante?* Sí para el pago de deudas[2197], además en los supuestos de los artículos 902 y 903 CC de supletoria aplicación[2198], preceptos que exigen la *intervención* de los *herederos* (*sucesor presunto* en este caso), "intervención" que abarca desde que presten su consentimiento hasta, tras

---

[2192] LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*. Bosch, 1952, pp. 87 y 88.
[2193] Ibídem.
[2194] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, obra cit., pp. 286 y 287.
[2195] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Manual de Derecho civil aragonés*, obra cit., pp. 603.
[2196] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004, sobre imposibilidad de oponerse a liquidaciones parciales de gananciales; AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011, SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2013 sobre falta de legitimación activa de la sucesora presunta; y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 en general sobre su imposibilidad de inmiscuirse en distintas cuestiones en que estaba interesado el causante.
[2197] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 373. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 77.
[2198] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *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. 77.

la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (art. 91.1.4º), ser meramente oídos como parte interesada en dicho Expediente judicial (art.14.1).

*5.5. Aceptación de herencias a las que sea llamada la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.* La aceptación y la repudiación de las herencias a que hubiere sido llamado el causante en vida son actos de disposición, no de administración conforme a los art. 992 y 1713 CC[2199]. Un argumento adicional en Derecho civil vasco lo hallamos en lo siguiente: Si el art. 139 LDCV exige que "Durante la vigencia de la comunicación foral, el cónyuge llamado a una herencia no podrá repudiarla sin el consentimiento del otro…" y según MONJE BALMASEDA dicha norma está aplicando la regla general de actuación de consuno de ambos cónyuges para actos de disposición de cualesquiera bienes bajo el régimen económico matrimonial de bienes de comunicación foral (art. 135 LCV)[2200], la aceptación y repudiación de herencias es un acto de disposición, también para el comisario.

Se preguntan GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN y MARTÍNEZ LLAMAZARES[2201] si el comisario, en ejercicio de su poder, está facultado o no para renunciar a las herencias a que pudiera estar llamado el causante y concluyen que no puede renunciar, ya que el poder testatorio está concebido para designar sucesor, y distribuir los bienes pero no para renunciar a la herencia. Participo de la misma opinión[2202], añadiendo el argumento de que no habiendo sucesores vigente el poder testatorio no puede haber "ius transmisionis" (art. 1006 CC), no hay heredero que pueda aceptar o repudiar la herencia a que sea llamado el comitente. Ante la tesitura de perder ese llamamiento, en principio positivo, se puede recurrir al art. 1715 CC, conforme al cuál, no se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste, puesto en relación con el hecho que los art. 166, 271.4º y 992 y ss. CC y 139 LDCV reducen la capacidad para aceptar herencias, especialmente a beneficio de inventario, y la endurecen para repudiarla. Igualmente, por analogía con el viudo-administrador de la comunicación foral de bienes consumada ex art. 143 LDCV ("El cónyuge viudo, cuando el matrimonio se haya disuelto con hijos o descendientes, podrá instar judicialmente a los sucesores del fallecido a que acepten cualquier herencia en que éste estuviera interesado. Transcurrido el plazo señalado por el juez, que no excederá de treinta días, sin que manifiesten su voluntad de aceptar la herencia, o cuando repudien la misma, podrá dicho cónyuge aceptarla a beneficio de inventario"). Por fin, cabe aconsejar, que el comisario acepte a beneficio de inventario la herencia a que sea llamada la que él administra (art. 21.2 LDCV).

---

[2199] Por lo tanto, por analogía con el mandato representativo, no basta el poder otorgado en términos generales (SAP de Málaga, sec. 5ª bis, de 27-09-2004), pues las STS, Sala 1ª, de 26-12-1995 y 26-10-1999, entre otras muchas y concretamente referidas a los actos de disposición por medio de intermediario, han destacado que el mandato debe ser suficiente y comprender todos los extremos sobre los que verse el contrato, lo que le confiere carácter de especial (STS, Sala 1ª, de 20-11-1989).

[2200] MONJE BALMASEDA, Óscar. "Capítulo Segundo. Del régimen de comunicación foral de bienes. Sección primera, de la comunicación foral de bienes (Artículos 129-139)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 1049.

[2201] GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana y MARTÍNEZ LLAMAZARES, Juan Carlos. "La práctica actual del Poder testatorio", en *Jado, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2, Nº. Extra 1, 2004, obra cit., pp. 105

[2202] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 177.

La partición de herencias igualmente requiere capacidad de disposición (art. 1052 y 1058 CC).

**6. Comisarios y sociedad conyugal.**

La liquidación de la sociedad conyugal o régimen económico patrimonial de la pareja de hecho (inventariar, evaluar, liquidar, partir y adjudicar) va a determinar los bienes del patrimonio que fue conyugal que se adjudican a la herencia del causante. Se deduce de los art. 60 y 142 LDCV[2203]:

*6.1. El comisario no viudo deberá concurrir con el viudo no comisario para la liquidación de la sociedad conyugal, si bien no precisará la concurrencia de los sucesores presuntos.* Entiendo con MARTÍN OSANTE[2204] estos últimos no pueden pedir la liquidación y división de la comunidad (art. 105 Ley 3/1992, art. 142.2 LDCV). En el mismo sentido, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004, sobre imposibilidad de los herederos presuntos de oponerse a liquidaciones parciales de gananciales efectuadas por el comisario.

*6.2. El comisario, aunque sea el viudo, no puede hacer la liquidación de la sociedad conyugal por sí y ante sí* (art. 60, 140 y 142 de la LDCV). Se exceptúa, no obstante cuando esté expresamente autorizado al efecto por el causante a nombrarse a sí mismo heredero del premuerto y/o adjudicarse bienes y derechos libremente, incluso aunque haya descendientes de éste tal y como ha resuelto la RDGSJFP de 02-07-2020. Precedente de esta resolución es la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004[2205].

*6.3. En el caso de que exista contador-partidor designado por el causante éste y el cónyuge comisario podrán llevarla a cabo de consuno.*

Se deduce, *a sensu contrario*, que el comisario viudo no puede liquidar la sociedad conyugal con el contador partidor que él mismo designe por el evidente peligro de colusión que ello supondría (art. 36.2 LDCV).

*6.4. El comisario-viudo igualmente, la podrá realizar con uno de los legitimarios mayor de edad y habiendo menores o incapaces, judicialmente* (art. 142 de la LDCV, comunicación foral; art. 43.5 LDCV otras sociedades conyugales) o, en otro caso, por decisión judicial a instancia del primero.

---

[2203] MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, obra cit., pp. 665 y 666. MONJE BALMASEDA, Óscar, "Sección segunda. De la disolución del régimen de comunicación de bienes (Artículos 140-146)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 1068. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 75 y 76.

[2204] MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, obra cit., pp. 657.

[2205] "De ser otra la interpretación, llegaríamos al absurdo de que para liquidar y adjudicar sería preciso el concurso del cónyuge viudo y de unos herederos en expectativa, que no se sabe quienes van a ser al estar pendiente el uso del poder testatorio, y que en su caso, con sus acuerdos y adjudicaciones podrían subvertir la voluntad del causante, que no es otra que la de otorgar plenos poderes a la persona en quien confía para distribuir sus bienes, como si de el mismo se tratara".

Esto se deduce del art. 43.5 LDCV y por analogía con el art. 259.3 CDCFAragón. Efectivamente, aunque la literalidad del art. 43.5 LDCV se refiere a actos de enajenación y la partición no lo es, ésta requiere capacidad de disposición. Pero la ratio de ambos preceptos es la misma, que concurra el comisario-cónyuge con un sucesor presunto a la liquidación y partición de gananciales como medida protectora o conservativo de la identidad y valor del caudal relicto en la misma línea que el art. 142 LDCV, aplicable también por analogía. El comisario-viudo, además podría instar la disolución judicial de gananciales (art. 806 y ss. CC) demandando a una herencia yacente o desconocidos herederos del causante cuya representación le corresponde a él mismo (art. 37 LDCV) sin que se prevea una suerte de defensor judicial. En este caso hay riesgo de que el comisario presente una propuesta incontestada de liquidación (art. 810 LEC) que le favorezca.

Como refuerzo argumentamos que el ATSJ de Aragón de 03-01-2001 entendió que la liquidación de la sociedad conyugal es en realidad un acto de disposición, pues donde antes había cotitularidad ahora habrá una titularidad única y que en razón de ello, y habiendo menores de 14 años, y legitimarios del causante, no puede la viuda-fiduciaria junto al contador-partidor designado por el causante efectuar dichas operaciones sin que medien las cautelas del art. 139 Ley de Sucesiones (art. 454 CDFA), al haber contraposición de intereses entre la madre (fiduciaria) y los legitimarios. Esta también es la opinión de LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2206].

*6.5. A falta de acuerdo queda el recurso al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a instancias del comisario o del viudo* (art. 803 y ss. LEC).

*6.6. La liquidación total de la sociedad conyugal para ejecutar el poder testatorio no es necesaria*[2207]. Es de agradecer que esta fuera la opción legislativa en la LDCV[2208]. Efectivamente, el comisario-viudo puede adjudicarse a sí mismo, por sí y ante sí, su mitad indivisa en la comunicación foral de bienes, mediante la adjudicación del "pro indiviso" de todos y cada uno de los bienes incluidos en la comunidad post sociedad conyugal (art. 142.1 LDCV). En dicha situación (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 26-09-2007, "obiter dicta"), el viudo puede ejecutar el poder testatorio sobre bienes concretos de la masa conyugal comunicada y de cuotas ideales sobre ellos, una mitad en uso del poder testatorio otorgado, la otra mitad como propia del comisario-viudo, lo que permite abiertamente el art. 831 CC y el art. 457.3 CDFAragón. También la SAP de

[2206] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA MARTÍNEZ-DE BAROJA, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 132.

[2207] Según MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit, pp. 166, el objeto de esta facultad es evitar la práctica hasta la Ley de sucesiones de Aragón de 1999 de una prematura ejecución de la fiducia, normalmente parcial, con asignación a algún descendiente, para a continuación llevar a cabo la disposición; sistema insatisfactorio, que encarecía los costes y obligaba a una ejecución de la fiducia que podía ser que no interesase.

[2208] El borrador de propuesta de Ley Vasca De Sucesiones-Código Vasco de Sucesiones presentado el 14-01-2014 ante la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco por el Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU, art. 41.1 pretendió: "En caso de que el causante esté sometido a un régimen económico matrimonial de comunidad, sólo podrán atribuirse bienes o derechos pertenecientes a la comunidad disuelta una vez ésta haya sido liquidada. De otro modo, podrá instarse la anulación de la disposición durante los cuatro años siguientes a su realización". Y ap. 3: "3. La liquidación podrá ser solicitada por el comisario, por el administrador o por cualquiera de los posibles sucesores, y deberá ser practicada por el supérstite con los posibles sucesores o, en su caso, con el contador-partidor".

Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 le permite al comisario viudo asignar bienes de la sociedad de gananciales sin previa liquidación de la misma. Igualmente podrá disponer entre vivos de dichos bienes de la sociedad pendiente la liquidación ex art. 43, ap. 4 y 5 LDCV[2209].

## VIII. EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO.

### 1. Requisitos.

*1.1. Requisitos subjetivos para ejercitar el poder testatorio.* La ejecución del cometido del comisario está sujeta a la necesidad de consentimiento, que presupone legitimación y capacidad en el momento de ejecutar el poder testatorio, cuestión analizada al tratar los requisitos esenciales de la sucesión por comisario. Pero hay otros muchos aspectos a considerar que tratamos de seguido:

1.1.1. La libertad del comisario para cumplir su encargo (art. 36 LDCV): La doctrina en general está de en que el cumplimiento del encargo es absolutamente potestativo para el fiduciario, pudiendo ejecutarlo o no[2210]. No estoy de acuerdo, en consecuencia con LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[2211] cuando entiende, sobre el fiduciario del art. 831 CC, que vía la "interpellatio in iure" (art. 1005 CC) los acreedores podrán obligar al delegado a ejecutar su encargo. Y no lo estoy pues el cargo del comisario es esencialmente voluntario (art. 36 LDCV) y los acreedores disponen para cobrarse de la legitimación y capacidad reconocia a la herencia yacente como tal (art. 6 y 7 LEC), así como pedirle al comisario la separación de bienes del causante (art. 43.3 LDCV).

La impugnación de las decisiones del comisario debe reconducirse al régimen general de nulidad o anulabilidad del acto de otorgamiento por falta de capacidad, vicios del consentimiento, etc., pero no por la motivación o justificación de la ordenación sucesoria que acuerde. La posibilidad de reiterar el llamamiento si la atribución sucesoria es "nula" refuerza dicha idea (art. 44 LDCV). En suma, el comisario no tiene por qué allanarse obligadamente a las reclamación de los sucesores forzosos (cfr. art. 51,

[2209]MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno*, obra cit., pp. 652 daba varios argumentos bajo la vigencia de la Ley 3/1992 existen diversos argumentos para excluir de las facultades del cónyuge comisario la de disposición de los bienes de la sociedad conyugal comunicación de bienes.

[2210] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 193. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374 y 375. URRUTIA BADIOLA, Andrés-María, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 390. OÑATE CUADROS, Francisco-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. 445. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 374 y 375.

[2211] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1128.

ap. 2 y 3 LDCV), tronqueros (art. 69 LDCV), reservatarios ni reversionistas (art. 118-123 LDCV[2212]).

Comparto, totalmente, la opinión de OÑATE CUADROS[2213] cuando entiende que el art. 46 LDCV ("La voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas de esta sección") no ha de interpretarse como que la ejecución del poder pueda ser objeto de juicio de oportunidad o acomodamiento a la voluntad del testador, sino, más bien que la voluntad del causante es la expresada por el comisario. Por tanto concluyo que más allá de las instrucciones que imparta el causante al delegado (art. 33.1 LDCV), éste es libérrimo en su juicio sobre la oportunidad de cómo y a quien asigna bienes de la herencia.

1.1.2. Pluralidad de comisarios. Conforme al art. 40 LDCV "Si el testador hubiere designado varios comisarios, desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se adoptarán por mayoría y, en caso de empate, decidirá el nombrado en primer lugar". Entiendo aplicable por analogía la doctrina y jurisprudencia sobre el similar art. 460.1 CDFAragón, de modo que al otorgamiento del instrumento de ejecución del poder testatorio bastará que concurra la mayoría, la mitad más uno de los comisarios, no la opción más votada[2214]. Al revés que en el CDFAragón, no hay precepto que exija una convocatoria a todos los fiduciarios para deliberar y decidir, como tampoco lo es según la jurisprudencia dominante en otras situaciones de legitimación colectiva mancomunada, por antonomasia las comunidades de bienes del (art. 394 CC)[2215]. No obstante, señala GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2216] que el testador puede establecer un quórum para la adopción de del acuerdos distintos a la mayoría (STS de 23-06-1883), pues la norma es dispositiva, no imperativa. Y por la misma razón el comitente puede conceder voto dirimente o de calidad a un comisario que no sea el nombrado en primer lugar (STS de 13-06-1924). Y que si el acuerdo adoptado por la mayoría de los comisarios es contrario a derecho (STS de 25-03-1914) o a la que parece ser la clara voluntad del testador, podrán los disidentes impugnarlo judicialmente.

*1.2. Requisitos objetivos para ejercitar el poder testatorio.* El poder testatorio puede ejercerse total o parcialmente, en uno o varios otorgamientos, simultáneos o sucesivos, a menos que el causante dispusiere otra cosa (art. 42 LDCV),

---

[2212] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 189. Cfr. STSJ de Aragón (Civil y Penal), de 29-09-2001 sobre nulidad en la ejecución de la fiducia vicios del consentimiento o régimen de mayorías en la ejecución de la fiducia.

[2213] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 445.

[2214] SAP de Huesca, sec. 1ª, de 24-05-2005.

[2215] STS de 08-07-1902, 30-10-1907, 12-12-1983, 18-06-1984 y STS de 04-03-1996. La SAP de Barcelona, sec. 11ª, de 26-09-2007 desestimó la demanda de convocatoria judicial de junta de socios de una sociedad civil, pues no hay precepto que lo prevea. Entendemos aplicable esta doctrina por analogía. Explicita la STS de 12-12-1983 que ni el enunciado art. 398 CC "habla de la necesidad de junta comunitaria alguna para tomar los acuerdos que afecten a la administración y el mejor disfrute de la cosa común, ni es razonable tal exigencia cuando la voluntad de la mayoría de los partícipes, que es la expresión utilizada por el texto legal, se revela inequívocamente en determinado sentido". STSJ Aragón (Civil y Penal), de 29-09-2001 sobre nulidad en la ejecución de la fiducia vicios del consentimiento o régimen de mayorías en la ejecución de la fiducia.

[2216] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. .

"Escalonamiento posible incluso respecto del mismo sucesor"[2217]. Dicha norma se introdujo en el art. 45 Ley 3/1992 por oposición al art. 19 Compilación 1959 que establecía que el comisario formalizará su encargo en un solo acto si los herederos fueren mayores de edad; mas si alguno o todos ellos no lo fueren podrán hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad. En reacción a este precepto tanto la D.T.2ª Ley 3/1992 como la D.T.3ª LDCV, permiten retroactivamente el otorgamiento parcial para los poderes otorgados con anterioridad a las mismas. No obstante, queda la especialidad de la regulación del Fuero de Ayala en que el sucesor a quien se le adjudicase algo por el comisario, debería entenderse apartado del resto de los bienes (art. 93 LDCV) [2218].

El comisario puede ejecutar su encargo atribuyendo bienes a los sucesores a título universal o singular, por actos "inter vivos" o "mortis causa", por lo que los efectos de la institución de heredero o de nombramientos de legatarios están sujetos a sus respectivas reglas como tales llamamientos (art. 19 LDCV), con tres cuestiones:

1.2.1. La irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas en uso del poder testatorio impone que éste enerva otorgamientos futuros en uso del poder sobre el mismo bien (art. 44 LDCV), salvo en caso de ejercicio del poder sucesorio en el propio testamento del comisario-viudo a favor de descendientes comunes a comitente y comisario, en cuyo casó éste podrá dar carácter revocable a la disposición realizada en nombre del cónyuge comitente (art. 43.2 LDCV).

1.2.2. La irrevocabilidad no supone que la atribución no esté sujeta a las reglas de computación y colación (art. 59 LDCV), luego el comisario habrá de usar del apartamiento para evitar dichas operaciones particionales, como vimos arriba.

1.2.3. No es posible que el comisario haga uso de la donación *strictu sensu*, sino que la misma se entiende como sucesión *mortis causa* conforme a la doctrina, como veremos de seguido.

*1.3. Requisitos formales para ejercitar el poder testatorio.* El ordenamiento jurídico interregional español comparado hace péndulo entre los que exigen un título formal determinado y los que exigen sólo un título material en el que el comisario ejecute el poder testatorio. Al primer grupo, que exige sólo el otorgamiento en escritura pública, pertenece el art. 456 CDFAragón que exige la escritura pública como forma "ad solemnitatem"[2219]. Luego están los que exigen ora escritura pública o testamento: art.

[2217] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 377.
[2218] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 416 y 417.
[2219] PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 605. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 896 y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. p. 184. STSJ de Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002 "En efecto, el art. 111.1 de la Compilación establece que los actos del fiduciario en cumplimiento de su encargo "deben constar en testamento o escritura pública", y ello bajo pena de nulidad, pues la exigencia contenida en dicho precepto tiene valor "ad solemnitatem", requisito de forma que responde al propósito de dar constancia segura al ejercicio de la fiducia y de hacer más difícil tanto el obrar irreflexivo como la captación de la voluntad del fiduciario". En el mismo sentido la STSJ Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 10-03-2006. SAP de Teruel, sec. 1ª, de 01-06-2018 y SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 07-10-2005. SAP de

4247.1 CCCataluña[2220]; art. 18.3 CDCBaleares para Mallorca y Menorca; art. 71 CDCBaleares para Ibiza y Formentera[2221], ley 286 CDCFNavarra[2222]). Alguno de estos últimos incluso permite la ejecución en codicilo (art. 431-1 CCCataluña para la fiducia individual). Al segundo grupo, que no exige forma determinada para el ejercicio del poder testatorio, pertenece el Derecho Civil Común (art. 831.1 CC[2223]) y el de Galicia (art. 200.1 LDCGalicia[2224]).

La LDCV pertenece a este segundo grupo, pues calla sobre qué forma ha de observarse en la ejecución del poder testatorio, lo que lleva a la doctrina a entender exigible que habrá de guardarse la forma correspondiente al acto en que se ejecute el mismo[2225], que podrá ser cualquiera de las previstas en el art. 18 LDCV (donación, capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio y testamento) o los asimilados al pacto sucesorio donación por causa de muerte y donación universal entre vivos (art. 102 LDCV)[2226] y, añado yo, la donación-partición[2227], sin que sea necesario, tal y como

---

Huesca, sec. 1ª, de 21-09-2005 "el documento privado es, por sí mismo, absolutamente ineficaz para ordenar la sucesión de los causantes" y SAP de Teruel, de 09-02-2002.

[2220] GETE-ALONSO Y CALERO, María-Carmen , "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, obra cit., pp. 770; ABRIL/AMAT/CECCHINI/PUIG FERRIOL, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566; DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, obra cit., pp. 138. En la fiducia colectiva sólo en escritura pública, no en testamento.

[2221] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 365 y 373. CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT, "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", *Tratado de Derecho de Sucesiones* obra cit., pp. 853 y 873, requieren escritura pública en todo caso.

[2222] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Título XI. Los fiduciarios-comisarios", en Enrique Rubio Torrano (dir.) y María Luisa Arcos Vieira (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*., Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 865, entendió antes de la Ley Foral 21/2019, además de todas las formas notariales, valían por su razón de urgencia el testamento ante párroco (suprimido por dicha norma) y ante tres testigos (ley 189) pero no en forma ológrafa (ley 190) por los peligros de deferirse la herencia de modo diverso al uso de fiduciario-comisario que conlleva su clandestinidad.

[2223] SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30 entiende que una novedad de la Ley 41/2013 es la posibilidad de utilizar el testamento sólo cuando así se haya previsto expresamente al ordenar la fiducia, en cuyo caso ésta será vitalicia. O, dicho al revés, el cónyuge podrá ejecutar la fiducia en su propio testamento, si el delegante estableció como plazo el de su vida. BOLÁS ALFONSO, Juan, "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 86; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra, *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 65; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1621). O en testamento *ad hoc* según CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "*Código civil comentado*", obra cit., pp. 940.

[2224] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 98. BUSTO LAGO, José-Manuel, en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 403.

[2225] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 195. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 78. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 420.

[2226] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 420.

[2227] Cfr. art. 59.2 LDCV y SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-04-2020.

observa GOIKOLEA MARTÍN[2228], el otorgamiento en unidad de acto que exigía la Compilación de 1959.

1.3.1. La donación como medio de ejecución de la sucesión por comisario. La doctrina entiende que la donación que otorga el comisario en cumplimiento del poder testatorio es un acto unilateral[2229], no bilateral, de lo que se desprendería la irrevocabilidad del consentimiento por el mismo otorgado (art. 47 Ley 3/1992, actual art. 44 LDCV). Consecuencia de lo cual es que la aceptación por parte del donatario es un mero presupuesto de entrada del bien donado en su patrimonio[2230], no de la validez del negocio de atribución en ejecución del poder testatorio, y que dicho donatario no precisa la capacidad de contratar sino la natural de aceptar (RDGRN de 01-07-1920)[2231].

Pues bien, cabe decir sobre la donación otorgada por el comisario en ejercicio de su cometido que materialmente estamos en presencia de un pacto sucesorio (art. 100 LDCV)[2232], en defensa de lo cual cabe argumentar que en Derecho civil vasco dicho negocio jurídico sucesorio no precisa la formalidad testamentaria ni el especial "*animus donandi*" (art. 18, 59, ap. 2 y 4 y 100 LDCV) pero sí puede revestir la forma de donación (art. 43.1 LDCV), algo enormemente útil por la sanación por conversión de un negocio por otro gracias a la forma de la escritura pública (art. 633 CC y art. 100 LDCV).

---

[2228] 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. 746.

[2229] Igualmente, el carácter unilateral, no de donación, de tal ejercicio del poder testatorio también se ve en el Derecho interregional comparado: Aragón LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV de la fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 435. También PARRA LUCÁN, María-Ángeles, "La fiducia sucesoria", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 605: "Para su validez, la disposición del fiduciario no precisa en cambio la aceptación de los beneficiarios. Es válida como acto unilateral, sin perjuicio de que sea precisa la aceptación del beneficiario para la adquisición de la herencia. Nada impide, sin embargo, que también pueda ejercerse a través de pacto sucesorio". De la misma opinión es MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 183. El fiduciario-comisario del Derecho navarro (Ley 286 de la CDCFNavarra); *La fiducia sucesoria aragonesa* (art. 456 CDFAragón); heredamientos (art. 424-6 del CCCataluña) y en Baleares (art. 18 Decreto de la CDCBaleares para Mallorca y Menorca y art. 71 para Ibiza y Formentera) y, por supuesto, el art. 91 LDCV respecto del usufructo poderoso ayalés.

[2230] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181 y 182. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 198 y 199. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 420. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 187 y 188.

[2231] RDGRN de 01-07-1920 citada por CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 198 y 199. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 866, entiende que la ejecución en donación es un acto unilateral del fiduciario.

[2232] IMAZ ZUBIAUR, Leyre, *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 327 y 328. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 187 y 188. En el mismo sentido, URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 420.

En dicho sentido, sostuve y mantengo que dentro de un principio espiritualista, la jurisprudencia rechaza que la mera de nominación que las partes den a un negocio, califique el mismo como tal, pues ha de estarse a su verdadera naturaleza[2233]. Pese a la costra jurídica de la denominación como donación *inter vivos* que se de a la otorgada por el comisario en ejercicio del poder testatorio, no es tal, estamos en presencia de una donación *mortis causa* o sea, aquélla en que se pretende la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir. Y es obvio que si el donante/transmitente no es el comisario, sino el causante éste por antonomasia sólo se desprende de sus bienes (apoderando ampliamente al comisario) en consideración a su muerte (art. 620 CC), luego estamos en presencia de una donación *mortis causa*, cuya tipificación o equivalencia substantiva es por tanto (art. 102 LDCV) de pacto sucesorio aunque formalmente la escritura pública se denomine de otra manera.

1.3.2. El pacto sucesorio como medio de ejecución de la sucesión por comisario. En Derecho comparado hay quien niega la posibilidad de que el fiduciario elija este título de ejecución. Para parte de la doctrina la razón es que el carácter irrevocable de lo ejecutado por el delegado para testar repudiaría la posibilidad de muto disenso entre las partes debido[2234]. Para otro sector de la misma, el pacto sucesorio otorgado por el

---

[2233] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 187 y 188. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", obra citada, pp. 16. "Mas si bien, como recogían otros, no estamos ante una donación en sentido propio, no es menos cierto, se agregaba, que «como toda la actividad del Fiduciario tiene este único carácter general de asignación por título sucesorio, la diferencia entre los medios, es decir, entre los negocios y formas empleados para su realización, nos lleva a tipificarlos por su adscripción al que en cada caso se toma de los que la ley y el uso jurídico ofrecen. Y así tendremos la donación que no es pura, los capitulos que no se refieren al matrimonio del viudo, el testamento por el cual el testador no dispone de sus bienes y la partición que no es de la herencia de quien libremente la practica". También, MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 146.

[2234] Aragón: En contra del pacto sucesorio LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en "La fiducia sucesoria aragonesa". *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 437, pues advierte del peligro para la irrevocabilidad de la fiducia de la ejecutada en pacto sucesorio, pues está sujeta al mutuo disenso y causas de revocación y de resolución. También en contra, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 904, para la que no cabe que el fiduciario ejecute la fiducia en pacto sucesorio porque no cabe pactar sobre la herencia de otro (art. 377 CDFA). A favor, la SAP de Teruel, de 09-02-2002 "Consiguientemente, si la fiducia puede ejecutarse en testamento o por escritura pública y aun en Aragón se reconoce a los ciudadanos, con dicha vecindad civil, el deferir la sucesión por testamento, por pacto o por disposición de Ley (art. 89 de la Compilación), realizada la asignación parcial". También a favor MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 185: "para solucionar el problema el rt. 141 Lsuc. emplea expresamente el término acto" Ahora es el art. 377 CDFA. Cataluña: el art. 431-1 CCCataluña permite el uso del pacto sucesorio pero es irrevocable según ABRIL/AMAT/CECCHINI/PUIG FERRIOL, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 564; GETE-ALONSO CALERA, María, Carmen, "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*", Tomo I, obra cit., pp. 763. En Galicia se opone a la ejecución del comisario por pacto sucesorio BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 403 porque "Resulta improcedente canalizar la ordenación del destino de la herencia del atribuyente por el comisario, que es irrevocable y que produce efectos inmediatos, mediante un acto bilateral como son los pactos sucesorios". PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 102, se posiciona favor de los pactos como mecanismo de ejecución del comisario por la amplitud del art. 197 LDCGalicia, al permitir "determinar el título por el que se recibirán".

comisario lo sería sobre la herencia de un tercero sin el consentimiento de éste que como tal no sería lícito[2235].

La polémica no existe y es lícito que el comisario ejerza su función a través de un pacto sucesorio conforme a la LDCV, pues el art. 30 LDCV supone que el comisario se coloca en el lugar del causante para prestar su consentimiento al pacto, no es pacto sobre la herencia de un tercero el así otorgado. En cuanto al otro reparo, que el pacto sucesorio de pie a que el comisario revoque la atribución conforme a la normativa de aquél, no parece posible. Efectivamente, el art. 44 LDCV por el principio de especialidad y dada su taxatividad hace irrevocable lo ejecutado[2236], le niega legitimación al comisario para instar ni la pura revocación unilateral de lo ejecutado en testamento (con la excepción ya vista), ni para ejercitar las causas de revocación del art. 108 del mismo texto legal. En cuanto a estas últimas, como explica IMAZ ZUBIAUR[2237] su origen proviene de la perspectiva hereditaria del pacto sucesorio que ha dado lugar a la habilitación normativa de que puedan sea revocados por determinadas causas de mal comportamiento del instituido, que en mi opinión deben ceder ante la irrevocabilidad general decretada para lo actuado por el comisario en el art. 44 LDCV. Este último sí está en cambio legitimado para instar la nulidad del pacto sucesorio que otorgue en ejercicio del poder, como resulta de la lectura del art. 44 LDCV.

1.3.3. La donación-partición como medio de ejecución de la sucesión por comisario. Alude GALICIA AIZPURUA[2238] a este negocio jurídico cuando el comisario, por excepción a la necesidad de la liquidación de la cuota legitimaria previa a la consiguiente designación de sucesores o auto atribución, cabe que reciba atribuciones de objetos singulares hechas por el causante al comisario ("por vía particional, de institución ex *re certa* o de legado"). ASÚA GONZÁLEZ[2239] 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).

---

[2235] Aragón: SAP de Teruel, de 09-02-2002 "Consiguientemente, si la fiducia puede ejecutarse en testamento o por escritura pública y aun en Aragón se reconoce -a los ciudadanos, con dicha vecindad civil, el deferir la sucesión por testamento, por pacto o por disposición de Ley (art. 89 de la Compilación), realizada la asignación parcial". También a favor MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 185: "para solucionar el problema el rt. 141 Lsuc. emplea expresamente el término acto" (ahora es el art. 377 CDFA). En contra, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I,* obra cit., pp. 904, para la que no cabe que el fiduciario ejecute la fiducia en pacto sucesorio porque no cabe pactar sobre la herencia de otro (art. 377 CDFA). Para el Derecho civil de Mallorca, JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 363, entiende que no es posible un pacto sobre la herencia de un tercero.

[2236] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 429.

[2237] IMAZ ZUBIAUR, Leire, "*La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*", obra cit., pp. 503 y ss.

[2238] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, obra cit., pp. 304.

[2239] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.

Pues bien, la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 17-04-2020, primera que trata en profundidad de la cuestión[2240], resolvió[2241] la validez de donación entre vivos de un inmueble a través de poder carácter especial que incluía el apartamiento de los no favorecidos por la misma, puesto que concedido el poder de donar la facultad de apartamiento va implícita en el texto de los art. 58 y 59.2 LDCV y, en definitiva a su tenor y la jurisprudencia que interpretó su equivalente antiguo art. 62 Ley 3/1992, el apartamiento es una norma particional de colación o no, o de computación o no, y no propiamente una disposición testamentaria y por ende, no personalísimo y por tanto susceptible de actuación por poder.

1.3.4. El testamento como medio de ejecución de la sucesión por comisario. Se discute en Derecho civil interregional español comparado tanto si el testamento en ejecución de la fiducia ha de ser notarial[2242] o vale otro tipo y si ha de ejercerse en el propio testamento del comisario, en uno "ad hoc" o cabe en ambos casos[2243].

---

[2240] Pues la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-07-2018 y la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 27-06-2016 en la que se apoya afirman que el apartamiento "es un acto personalísimo", si bien con carácter *obiter dicta*, no comprendido en la *ratio decidendi* de estas dos últimas resoluciones, que sólo tratan de si la dispensa de colación es eficaz pese a la falta de apartamiento expreso en liberalidades entre vivos.

[2241] En el caso de la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 17-04-2020 la actora impugnó judicialmente una donación entre vivos de un inmueble efectuada a través de una apoderada, también la propia donataria, cuyo poder rezaba "Confiere Poder, que subsistirá aun en el caso de incapacidad sobrevenida del poderdante, a su hija Dª. ***, para que, aunque incida en la figura jurídica de la autocontratación y tenga o represente intereses distintos u opuestos a los del poderdante, pueda ejercitar las siguientes facultades: (…) hacer y aceptar donaciones (…) pagar, cobrar, fijar, garantizar y depositar legítimas". La donación es de un único bien inmueble (los donantes tenían más) que concluye con la siguiente estipulación: "los donantes separan y apartan expresamente de la presente donación a los demás hijos y descendientes no beneficiados por la misma, de conformidad con la Ley de Derecho civil vasco", puesto que había otras tres hijas, legitimarias y herederas todas ellas.

[2242] Aragón: exige escritura pública ex art. 456 CDFAragón. Derecho civil común: SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30 entiende que el cónyuge podrá ejecutar la fiducia sólo en su propio testamento. En contra, es admisible en testamento ad hoc CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Código civil comentado*, obra cit., pp. 940. Navarra: la ley 286 CDCFNavarra hora no distingue. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 865, entendió antes de la Ley Foral 21/2019, además de todas las formas notariales, valían por su razón de urgencia el testamento ante párroco (suprimido por dicha norma) y ante tres testigos (ley 189) pero no en forma ológrafa (ley 190) por los peligros de deferirse la herencia de modo diverso al uso de fiduciario-comisario que conlleva su clandestinidad.

[2243] Aragón: el cónyuge fiduciario que podrá hacerlo en *su* testamento (art. 463.1 CDFAragón y SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 26-09-2012). Ibiza: Para CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1385 "la decisión del cónyuge podrá hacerse: en su propio testamento (con una cláusula especial "ad hoc"), en un testamento especial de designación de heredero de su cónyuge (excepción clara al art. 670 CC), en un heredamiento a favor del hijo que se casa y en una escritura especial denominada en las Pitiusas "de designación de heredero". En Derecho común, (art. 831.1 CC) SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 30, entiende que una novedad de la Ley 41/2013 es la posibilidad de utilizar el testamento sólo cuando así se haya previsto expresamente al ordenar la fiducia, en cuyo caso ésta será vitalicia. O, dicho al revés, el cónyuge podrá ejecutar la fiducia en su propio testamento, si el delegante estableció como plazo el de su vida. En el mismo sentido, BOLÁS ALFONSO, Juan, "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 86; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra, *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 65; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1621. O en testamento *ad hoc* según CÁMARA LAPUENTE, Sergio, en "*Código civil comentado*", obra cit., pp. 940. Galicia: conforme al art. 200.1 LDCGalicia cabe "sea en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante o sea en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes". Navarra: mientras para CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit.,

En Derecho civil vasco no se exige testamento notarial y puede ser otorgado por testamento del comisario "ad hoc"[2244] y en el propio testamento del viudo-comisario o pareja de hecho (art. 43.2 LDCV). Con lo que queda contestada, en sentido afirmativo[2245], la pregunta de si es necesaria la "contemplatio domine" que del causante ha de hacer el comisario en el ejercicio del poder testatorio que se plantea en otras regiones españolas[2246], pues el citado art. 43.2 LDCV ya afirma que se trata de "disposición realizada en nombre de su cónyuge".

1.3.5. El "Acto unilateral inter vivos" innominado o atípico como medio de ejecución de la sucesión por comisario. Como hemos visto arriba, para ASÚA GONZÁLEZ[2247] la propia irrevocabilidad de las disposiciones del comisario (art. 44 LDCV) hace innecesaria la existencia de obligación bilateral en las donaciones y pactos sucesorios, luego los actos entre vivos en ejecución del encargo deben reconducirse a un aséptico e innominado "acto inter vivos" unilateral, en el que no debe comparecer necesariamente el beneficiario con su aceptación y que hallaría su justificación en la literalidad del art. 43.1 LDCV: "El comisario podrá ejercitar el poder testatorio por acto inter vivos o mortis causa…".

En el mismo sentido se pronuncian conforme al art. 200.1 LDCGalicia PÉREZ ÁLVAREZ y BUSTO LAGO[2248]. No obstante, 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.

---

pp. 865, el fiduciario-comisario puede utilizarlo su propio testamento o no como vehículo de ejecución, para NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. edición 2011, pp. 881, debe utilizar testamentos separados para la propia sucesión y para la delegada.

[2244] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 420 y 421. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.

[2245] Véanse formularios en URRUTIA BADIOLA, Andrés-María y otros, *Praxis de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 81.

[2246] Aragón: MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 187, no entiende necesaria la invocación de la contemplatio domine pues otras legislaciones sí lo exigen y el CDFAragón, no. Cataluña: En todo caso ha de decirse expresamente que se hace uso de la facultad propia del fiduciario (art. 424-2.1 CCCataluña) según PUIG FERRIOL, Luis *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*, obra cit., pp. 279: No hay que ser rigoristas y basta que se desprenda de su actuación que actúa como fiduciario. Invocan la STSJ de Cataluña de 22-10-1991. Galicia: PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 98, exige a los negocios entre vivos ex art. 200.1 LDCGalicia que el comisario habrá de precisar el título por el que los bienes se atribuyen, la procedencia de los bienes, el título de la atribución y la causa del mismo por la notable relevancia ulterior a efectos del ejercicio de las acción de suplemento o reducción de disposiciones inoficiosas ex arts. 247 y 251 LDCGalicia.

[2247] "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 376.

[2248] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 98, exige a los negocios entre vivos ex art. 200.1 LDCGalicia que el comisario habrá de precisar el título por el que los bienes se atribuyen, la procedencia de los bienes, el título de la atribución y la causa del mismo por la notable relevancia ulterior a efectos del ejercicio de las acción de suplemento o reducción de disposiciones inoficiosas *ex* arts. 247 y 251 LDCGalicia. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 423

**2. Efectos de la ejecución del poder testatorio.**

*2.1. La delación y la adquisición sucesoria consecuencia del ejercicio del poder testatorio. La cuestión de la posesión civilísima.*

Ya hemos avanzado que el efecto fundamental del ejercicio del poder testatorio es la delación sucesoria a favor de los beneficiarios a fin que éstos acepten o repudien su llamamiento (art. 17.2 LDCV)[2249]. Hasta ese momento, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración de dicho poder testatorio [2250], queda diferida o suspendida dicha delación[2251], pese a la equívoca expresión del art. 17.2 LDCV. Así conforme al art. 37.1 LDCV la administración de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio dura "Mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada". Y conforme al art. 44 LDCV "… todas las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables. No obstante, podrá reiterarse el llamamiento si la disposición resulta nula o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptarla".

Como hemos constatado arriba, los autores pro fiducia entienden, como explica CARBALLO FIDALGO[2252], 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, no antes. Pero dicha postura no es exclusiva de la posición *pro fiducia* y, al revés, hay autores *pro fiducia*, como MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2253] quien 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

[2249] El primero en plantear esta tesis fue ROCA SASTRE, Ramón María, "La designación, la vocación y la delación sucesorias", en *Estudios sobre sucesiones* Tomo I, Instituto de España, obra cit., pp. 161 y 162. STS, Sala 1ª, de 17-04-1990. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 344. 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*, obra cit., pp. 222.. MONJE BALMASEDA, Óscar, "Sección segunda. De la disolución del régimen de comunicación de bienes (Artículos 140-146)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco* – obra cit., pp. 1068. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 74. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 366. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 205.

[2250] SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 y AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011.

[2251] GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. "Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 301. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss.

[2252] 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, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 182.

[2253] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La Fiducia Sucesoria Aragonesa*, obra cit., pp. 208.

momento de la ejecución de la fiducia. De hecho la norma general es la inversa a la manifestada por estos autores. Así los efectos de la delación se retrotraen a la fecha de la muerte del causante conforme al ordenamiento jurídico aplicable para Ibiza y Formentera según CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT a tenor del art. 71 CDCBaleares[2254]; en Galicia, en opinión de DÍAZ TEIJEIRO[2255] conforme al art. 244.1º LDCGalicia; y también lo entiende para el art. 831 CC la mayoría de la doctrina[2256].

Ya hemos visto respecto de la sucesión por comisario sujeta a la LDCV que tendrá efectos retroactivos desde el mismo momento de la muerte del causante, no desde el ejercicio del poder testatorio[2257]. Una consecuencia no menor de tal efecto retroactivo es que tras el llamamiento ordenado por el comisario y la aceptación por el sucesor este último tendrá la posesión civilísima desde el tiempo de la muerte del causante (art. 440 y 989 CC), todo lo cual tiene su apoyo en el art. 17.1 LDCV: "Los derechos y obligaciones de una persona se transmiten a sus sucesores desde el momento de su muerte, salvo lo que se establezca en pacto sucesorio de acuerdo con las disposiciones de esta ley".

Consecuencia de la supletoria aplicación del Derecho civil común (art. 4.3 y 13 CC y art. 3.1 LDCV), el Derecho Civil Vasco se rige el sistema de tipo romanista del Código civil, que requiere llamamiento y aceptación (art. 17 y 19.1 LDCV)[2258]. Por tanto, como expone MONJE BALMASEDA[2259], no es correcto afirmar que la posesión que recibe el heredero con motivo de su aceptación es la misma que la que disfrutaba el causante en el mornento de su fallecimiento, puesto que la posesión puede experimentar múltiples cambios durante la fase de herencia yacente.

Por dicha razón, el administrador de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, por antonomasia el comisario es un cargo responsable con posibilidad de que el causante le exija prestar fianza (art. 37.1 LDCV)[2260] y debe rendir cuentas como

---

[2254] 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.

[2255] DÍAZ TEIJEIRO, 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, pp. 93 y 142.

[2256] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1139 y 1141. GARCÍA RUBIO, María-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 favor viduitatis", en Óscar 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 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, obra cit., pp. 4297.

[2257] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss.

[2258] IRIARTE DE ÁNGEL, Francisco de Borja. "Disposiciones Preliminares (Artículos 17-18)" en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 218.

[2259] MONJE BALMASEDA, Óscar. *La Herencia Yacente*, obra cit. pp. 271 y ss.

[2260] 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.

gestor que es (art. 1724 CC)[2261] e incluso puede tener responsabilidad concursal (art. 164.2.4 y 172 Ley Concursal y MARTÍN OSANTE[2262]). 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 BERDEJO, se entiende aquí como simple informe[2263].

Volviendo a MONJE BALMASEDA[2264], la posesión civilísima que adquiere el heredero instituido por el comisario, una vez que ha aceptado su llamamiento le atribuye ciertas facultades y derechos:

2.1.1. Le permite los efectos de la prescripción a favor y en contra de la herencia yacente (art. 440, 1934 y 1960.1º CC).

2.1.2. Le legitima para el ejercicio en nombre propio de las acciones dirigidas a retener y recobrar la posesión (art. 441 y 446 CC), que no ha podido ejercer como administrador de la herencia (cfr. art. 999 CC) pues pendiente el ejercicio del poder testatorio no es tal heredero.

2.1.3. Le permite la investidura judicial y la toma de posesión material de los bienes hereditarios (art. 250.1.3º LEC).

*2.2. La irrevocabilidad del llamamiento en ejercicio del poder testatorio.* La regla general desde las Leyes de Toro[2265] es que el 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. Así se expresó en el art. 19, último párrafo de la Compilación ("Las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables")[2266], transcrito al art. 47 Ley 3/1992, que no obstante excepciona un caso, igualmente recogido en el art. 43.2 LDCV, conforme al cual, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho podrá hacer uso en su propio testamento ante notario del poder concedido por el causante, pero sólo para disponer entre los hijos o descendientes comunes y sólo en este caso podrá dar carácter

[2261] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil I. 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, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil, Vol 3º*, obra cit., pp. 321.

[2262] MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*. obra cit., pp. 367.

[2263] LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 774. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 167 y 188. Cfr. STS, Sala 1ª, de 07-01-1959.

[2264] MONJE BALMASEDA, Óscar. *La Herencia Yacente*, obra cit. pp. 271 y ss.

[2265] STS de 22-10-1864 citada por GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181. Y la STS de 31-03-1876 sobre el heredero distribuidor mallorquín, citada igualmente GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 181 y también por CASTÁN TOBEÑAS, José, en "*Derecho Civil Español Común y Foral*, *Tomo VI, Sucesiones, Vol. II*, obra cit., pp. 83.

[2266] Cfr. SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 31-12-1994 y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-07-2006.

revocable a la disposición realizada en nombre de su cónyuge o miembro de la pareja de hecho superviviente.

Por lo tanto, este supuesto de revocabilidad es excepcional, de introducción tardía a través del art. 46 Ley 3/1992 y sólo tiene lugar cumpliéndose cuatro requisitos cumulativos[2267]: poder testatorio conferido entre cónyuges o parejas de hecho inscritas, para favorecer a hijos y descendientes comunes, mediante su ejercicio en el propio testamento del comisario y en el que éste expresamente se reserve tal potestad de revocación. Esta excepción es irretroactiva, no aplicable a sucesiones abiertas antes del 07-11-1992 pues siendo la sucesión por comisario no una mera forma testamentaria, sino un modo de suceder, la normativa aplicable es la vigente al tiempo del fallecimiento del causante (art. 9.8, 13 y 16 y D.T. 12ª CC), como se demuestra por el hecho que las D.Tª. 2ª y 3ª Ley 3/1992 y D.Tª. 1ª y 3ª LDCV sí han dado alcance retroactivo a aquéllos aspectos de las sucesiones por comisario anteriores a su vigencia que han considerado oportunos.

La irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas en uso del poder testatorio impone que éste enerva otorgamientos futuros en uso del poder sobre el mismo bien (art. 44 LDCV) y la cláusulas contrarias al poder ejercitado "deben tenerse por no puestas" (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 31-12-1994) o "las disposiciones testamentarias posteriores ineficaces en cuanto tales" (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-07-2006).

*2.3. La subsistencia del usufructo del comisario viudo tras el ejercicio del poder testatorio.* Constituye novedad de la LDCV frente a la Ley 3/1992 el art. 41.3 de la primera que establece una curiosa paradoja: "El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder".

Este precepto ha de interpretarse con la D.Tª.4ª LDCV: "En los poderes testatorios otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder". Y también con el art. 141.3 LDCV "Salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio, tendrá además el usufructo del caudal del que no haya dispuesto, sin obligación de prestar fianza". Esta norma tiene su paralelismo en la legislación de Galicia[2268] y de Ibiza y Formentera[2269].

---

[2267] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 421 y 422.

[2268] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 80, las adjudicaciones no conllevan ex lege ni la pérdida de la condición de comisario (el cónyuge supérstite podrá hacer otras atribuciones parciales inter vivos o mortis causa), ni del usufructo sobre los bienes que no hubieran sido objeto del acto de adjudicación. E incluso, pp. 97, reservarse el usufructo, asignando sólo la nuda propiedad.

[2269] CARDONA GUASCH, Olga Patricia y LLODRÁ GRIMALT, Francesca, en "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 819 y 820. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 352: El distribuidor nombrado legatario del

ASÚA GONZÁLEZ[2270] entiende que dichos preceptos tienen interpretación diversa y mientras, según su opinión, el art. 41.3 LDCV es la regla general de mantenerse el usufructo aún después de que el cónyuge o pareja comisarios hayan dispuesto de todo o parte del caudal, el art. 141.3 LDCV, es la excepción, de modo que bajo el régimen de comunicación foral, el usufructo se reduce por la ejecución a la parte pendiente de disposición.

Con razón, MONJE BALMASEDA[2271] defiende que, mera y acríticamente trasliterado al art. 141.3 LDCV el art. 105 Ley 3/1992, debe prevalecer el art. 41.3 LDCV por ser más beneficioso para el viudo comisario.

Por mi parte, igualmente, entiendo que tal debe ser la interpretación de los art. 41.3, 141.3 y D.Tª.4ª LDCV, de modo que el simple ejercicio del poder testatorio por el "alkar poderoso" implica sin embargo la subsistencia de su usufructo universal sobre los bienes hereditarios. Por analogía con el art. 301.2 CDFAragón, podrá procederse a la extinción de dicho usufructo sobre bienes determinados siempre que medie renuncia expresa en escritura pública, o que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena la plena propiedad del bien.

Otro argumento a favor de la subsistencia del usufructo sobre la parte de la herencia dispuesta por el comisario es que la administración y representación no duran sólo hasta la delación y aceptación sino, igualmente, hasta que no se haya liquidado definitiva y totalmente la herencia con asignación de todos sus bienes, por la parte pendiente[2272]. Esta "parte pendiente" será toda aquella sobre la que en ejercicio del poder testatorio no haga el usufructuario renuncia a su derecho, de modo expreso o de modo tácito mediante, p.ej. ejercicio mediante donación -o pacto sucesorio de presente- con transmisión de propiedad. Por el contrario en el ejercicio mediante testamento o pacto sucesorio con institución del sucesor como universal, tanto la institución de heredero como el nombramiento de legatario no suelen ir aparejados a cláusula alguna de transmisión de propiedad y por tanto en esos supuestos cabría entender subsistente el usufructo pese al poder testatorio ejecutado[2273].

En tal sentido se pronuncia acerca del comisaro bajo la legislación de Galicia CARBALLO FIDALGO[2274], quien objeta que es erróneo limitar la administración de la herencia por el viudo hasta que éste ejercite las facultades atribuidas, pues tal aserto será válido para los supuestos de ejercicio de la fiducia en acto *inter vivos*, pero totalmente inconveniente cuando el comisario opte por ejercerla en testamento. En tal caso, la

---

usufructo sobre todos los bienes de la herencia tiene iguales facultades de disfrute, incluso de disposición por actos entre vivos, no experimenta el acrecimiento de la nuda propiedad a su favor caso de premoriencia o renuncia de los llamados, de lo que se deduce que tampoco se extingue su cargo por el ejercicio del mismo.

[2270] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 371 y 372.

[2271] MONJE BALMASEDA, Óscar. "Capítulo Segundo. Del régimen de comunicación foral de bienes. Sección primera, de la comunicación foral de bienes (Artículos 129-139)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 1062.

[2272] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier en "Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)", en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 81.

[2273] En tal sentido, CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 194.

[2274] Ibídem.

delación de la herencia no se producirá sino tras su muerte, continuando hasta tal momento vacante y, en consecuencia, necesitada de administración.

### 3. Ineficacia de la ejecución y "repesca".

Sostuve en su día[2275] bajo el régimen de la Ley 3/1992 que, no estando extinto el poder testatorio por otra causa, los bienes objeto de ejercicio del poder testatorio en función de una atribución anulada, entre la opción de si volverían a la disposición del comisario o se abriría la sucesión preventiva o la intestada, según el caso, debería de estarse a la primera. La razón esencial no es otra que la voluntad del causante fue delegar en el sano juicio del comisario, no en que se abriese la sucesión abintestato.

El art. 44 LDCV, inspirado[2276] en el art. 458.2 CDFAragón[2277], dispone, por excepción a su general irrevocabilidad, que si el acto de ejercicio del poder testatorio es nulo o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptar la asignación sucesoria, el comisario podrá hacer nueva designación en el plazo de un año desde que conozca de forma fehaciente estos hechos. Y, en su defecto se abre el testamento preventivo o la sucesión abintestato y en tal momento tendrá lugar la delación (art. 17.2 LDCV).

## IX. EXTINCIÓN DEL PODER TESTATORIO.

### 1. Causas de extinción del poder testatorio.

El Derecho Foral Aragón distingue entre pérdida de la condición de fiduciario (art. 462 CDFAragón) y extinción de la fiducia (art. 463 CDFAragón), diferenciación que no es seguida por el resto de los Derechos Civiles Forales o Especiales españoles, pues no por el hecho que un comisario pierda su cargo, ha de entenderse extinguida la delegación de ordenación sucesoria que puede recaer en otra persona.

También el art. 45 LDCV distingue entre causas de extinción del poder testatorio que podríamos llamar causas absolutas, que determinan el fin del fenómeno de la sucesión por comisario (vencimiento del plazo, revocación y algunas otras causas que voluntariamente se establezcan) frente a causas relativas, que determinan el fin del

---

[2275] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 189. Al efecto cité las siguientes razones: Entiendo que el comisario sigue teniendo su potestad, porque 1. esa fue la voluntad del causante, 2. que no se contempla tal causa de ineficacia en el art. 48 de la LDCFV, 3. es posible el troceado de la sucesión delegada (art. 46), 4. la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 excluye la extinción del cargo por la comisión de eventuales ilícitos civiles en el desempeño de su cargo y 5. "Quod nullum est nullum producit effectum", o sea, lo que es nulo, nulos efectos produce, entre ellos la consumación del poder.

[2276] URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 429.

[2277] Cfr. STSJ Aragón (Civil y Penal), de 29-09-2001. El precepto tiene su origen en una STSJ de Aragón (Civil y Penal) de 29-09-1992 trascrita por MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 196: "la hipotética nulidad de la designación de heredero por los fiduciarios no abre la sucesión intestada sino que origina la continuación de la situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplan el encargo en la forma adecuada".

cargo del comisario concreto[2278]. Ahora bien, si éste no tiene sustituto, se acaba igualmente la sucesión por comisario, luego, como digo, la distinción no es tan importante. Si bien, como en el caso del albacea, ha de aplicarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo de modo que en los supuestos de premoriencia, incapacidad, excusa, renuncia de algún comisario se producirá el fenómeno de la concentración de las funciones en los que queden (STS, Sala 1ª, de 02-12-1991), pues lo entiendo implícito en el art. 40 LDCV.

Por su parte, OÑATE CUADROS[2279] distingue con razón entre causas impeditivas del nacimiento del poder testatorio (indignidad, nulidad separación y divorcio y revocación) de causas extintivas de esta figura, las restantes.

En mi opinión la jurisprudencia apunta al carácter taxativo de las causas de extinción del poder testatorio[2280], que son las siguientes:

*1.1. Al expirar el plazo concedido para su ejercicio* (art. 45.1 LDCV). Ya hemos visto que, en defecto del plazo señalado por el testador (que no tiene límite al efecto) se señala días ciertos para el comienzo del ejercicio y su final ("El comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere. A falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los presuntos sucesores fuesen mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación"). Se sigue la tradición en el sentido de que expirado el plazo establecido para su ejercicio (art. 45.1 LDCV), el mismo caduca[2281], lo que lleva consigo la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos ejecutados por el comisario en uso del poder, sin que pueda pedir la prórroga[2282] de su plazo. Por tanto no cabe la prórroga a solicitud de nadie como permite, p.ej. el art. 446 CDFAragón ni tampoco la posibilidad de reducción judicial del plazo (art. 447 CDFAragón)[2283].

---

[2278] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 377.

[2279] OÑATE CUADROS, Francisco-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. 434.

[2280] La SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 sobre constitución de la sucesión por comisario para enervar fraudulentamente las legítimas y conflicto de intereses entre comisario y sucesor presunto. Y la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 sobre incumplimiento de los deberes propios del cargo.

[2281] Es un plazo de caducidad conforme a las STS, Sala 1ª, de 02-07-1969, 10-10-1977 específicamente respecto del poder testatorio, citada esta última por la STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 22-06-1999, lo que engarza con la caducidad y automatismo que para el plazo del albacea (art. 910 CC) establece la jurisprudencia (STS, Sala 1ª, de 02-12-1991 y 20-02-1993), y ello supone que "la caducidad del poder testatorio lleva consigo la nulidad radical y absoluta –a causa de inexistencia por falta de consentimiento- de los actos jurídicos reflejados en las escrituras en que el comisario hizo uso del poder carente ya de toda virtualidad" (STS, Sala 1ª, de 02-07-1969). Íd. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 14-04-2015. Sin embargo la anterior SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 31-10-2007 entiende que el plazo para el ejercicio de una acción, no de nulidad radical sino la anulabilidad de un testamento por comisario, otorgado en ejercicio del poder testatorio, conforme al art 1.301 del C.c., no es de caducidad sino de prescripción de cuatro años.

[2282] Mientras que el albacea (art. 905.2 CC) puede pedir la prórroga de su plazo, so pena de nulidad de lo que haga fuera del mismo STS, Sala 1ª, de 02-04-1996 y 19-12-2002, no parece que dicha facultad se conceda al comisario.

[2283] El *Borrador de Propuesta de Ley Vasca de Sucesiones-Código Vasco de Sucesiones* presentado el 14-01-2014 ante la Comisión de Instituciones, Seguridad y Justicia del Parlamento Vasco por el

Cosa distinta es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el siglo XIX admitiera que el causante pudiera prorrogar incluso de manera tácita el plazo fijado por la ley a los poderes otorgados entre cónyuges y lo negara en el siglo XX[2284]. La D.T.2ª de la Ley 3/1992 extendió retroactivamente el plazo indefinido del poder entre cónyuges, cuestión, por lo demás ratificada por la jurisprudencia y en el mismo sentido de prórroga indefinida se postula el art. 41 y la D.T.3ª LDCV.

Entiende LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2285] que en el caso de la institución realizada por el fiduciario a condición o término cuyo cumplimiento tuviere lugar vencido el plazo establecido por el comitente para le ejecución de la fiducia, cabría sostener dos posturas: ora que los pactos y condiciones impuestos se interpreten como no puestos, en cuyo caso tendrá plena eficacia la institución; ora considerar que la institución realizada constituye una unidad y por ello queda sin efecto, optando dicho autor por la segunda de las opciones, fundándose que en estos casos la mayoría de las veces se pretende prolongar en el tiempo la incertidumbre del llamamiento, salvo que el fiduciario, para salvar el llamamiento, establezca la eficacia puramente. En mi opinión, en la sucesión por comisario vasca la solución es que la condición se tenga por no puesta (art. 792 CC), puesto que conforme al art 32.3 LDCV, salvo que de la voluntad del testador se deduzca otra cosa, se prohíben los llamamientos condicionales.

*1.2. Por muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario* (art. 45.2 LDCV):

1.2.1. Por muerte del comisario. Con razón dice GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2286] que "la muerte del comisario no extingue el poder si se ha hecho uso con anterioridad del mismo. Por ello debería más bien decirse por muerte del comisario sin haber hecho uso de sus facultades o no habiéndolas agotado. Se equiparan a la muerte la declaración de fallecimiento (art. 193 y ss. CC)[2287].

1.2.2. Imposibilidad sobrevenida del comisario. Defendí y mantengo[2288], por analogía con el albaceazgo, la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la similar causa de extinción del albaceazgo de "imposibilidad" (art. 910 CC) los supuestos de causas exclusivamente personales, que hacen imposible el ejercicio del

---

Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU, art. 39, ap. 3 y 4 así lo previó. No aceptada dicha solución en la LDCV, parece que queda rechazada tal posibilidad.

[2284] A favor de la prórroga, la STS de 19-09-1863 siguiendo el criterio de las Leyes de Toro de que el plazo se da en beneficio del causante, quien puede prorrogarlo. En contra, las STS 30-04-1957 y ss. ésta rechaza la prórroga porque es una costumbre "contra legem" (STS de 19-05-1960, 17-06-1957 y 29-04-1964) y todo retraso en la percepción de la herencia impuesto por disposiciones legales ha de ser interpretado restrictivamente (STS de 30-04-1957). CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, Tomo I. Universidad de Deusto, Bilbao, obra cit., pp. 150, rechazó tales conclusiones en base al carácter puramente dispositivo la Ley 31 del Título XXI.

[2285] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 393.

[2286] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 184. En el mismo sentido, CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 182.

[2287] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Francisco-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. 439.

[2288] FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 190.

cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y, capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad; o lo hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de las facultades intelectuales –STS, Sala 1ª, de 02-12-1991-), ausencia, privación de libertad por cumplimiento de ejecutoria penal y la inhabilitación como administrador[2289], si bien en este último caso, en mi opinión, con el matiz sobre la sanción por Concurso declarado culpable que vimos al hablar de la capacidad precisa para el comisario[2290].

1.2.3. "Incapacidad sobrevenida del comisario". Antes de la reforma por la Ley 8/2021 del Código civil, decían con razón ASÚA GONZÁLEZ y OÑATE CUADROS[2291] que la incapacitación judicial del comisario produce la extinción de su cargo; así como que si el comisario no estaba formalmente incapacitado, cabía el remedio de recurrirse a la impugnación de los actos en ejercicio del poder por ausencia de la capacidad precisa.

Derogado el concepto de incapacidad por dicha Ley 8/2021, subsiste la posibilidad de dicha impugnación por falta de capacidad, por supuesto. Pero ya no existe formalmente la "incapacitación" como causa de extinción, sino que se presume *iris et de irue* la capacidad del comisario conforme al art. 249 CC aunque la misma esté sujeta a medidas de apoyo. Como el art. 45.2 LDCV no habla de "incapacitación", sino de "incapacidad" entiendo que podemos entender extinto el poder testatorio conforme al art. 1732 ap. 4º CC, conforme el cual el mandato se acaba por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición, las cuales, como no pueden ser medidas de apoyo para testar, por ser imposibles jurídicamente hablando. Es decir en el caso que se le señalaran medidas de apoyo para disponer y contratar. En tal caso puede defenderse que la capacidad reducida exigida para testar permitiría mantener la subsistencia del cargo del comisario si pasara el juicio de capacidad del notario competente. Aun así, entiendo que

---

[2289] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 444.

[2290] FERNÁNDEZ DE BILBAO, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 169 y URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 367 y 368. Tras la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, el comisario puede ejercitar sus facultades como tal, pese a la declaración de concurso, pues el art. 40 de la misma, sólo limita las facultades patrimoniales del deudor sobre su propio patrimonio. No obstante, si el concurso termina siendo calificado como culpable, una de sus consecuencias es (art. 172.2.2 de la Ley Concursal) la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años. En este caso, cohonestando dicha inhabilitación con las causas tasadas de extinción del poder sucesorio (art. 45 LDCV), el problema sólo se da respecto de las facultades de administración, representación y disposición entre vivos del comisario, porque habría de proveerse a la administración, bien a cargo de de sustitutos nombrados por el causante, bien un administrador judicial (art. 795 y ss. de la LEC) para ese ínterin. Entre tanto, en el paréntesis de la inhabilitación, las facultades del comisario de delegar la sucesión se hayan suspendidas, pero el poder sucesorio seguiría vigente. Por el contrario, si la inhabilitación se solapa con la extinción, se abriría la sucesión preventiva o abintestato con la inhabilitación no concursados.

[2291] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel. "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 378. OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, en "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit. pp. 444.

podría pedirse la extinción de la delegación antes de requerirse la intervención del notario por *imposibilidad* de otorgar testamento a ser declarada judicialmente.

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

Por fin, cabe destacar la injusticia comparativa entre el cónyuge-comisario que ejerce su cargo y el que no puede ejercerlo por falta de capacidad. Pues como hemos visto el alkar poderoso puede retener su usufructo tras el ejercicio de su cargo de comisario conforme al art. 41.3 LDCV. De ello se deriva que el *alkar poderoso* que no debe temer ejercer su poder testatorio porque no va a quedar por ello desamparado desde el punto de vista económico. Pero al que vea extinguido su cargo de comisario por causa de su *incapacidad* o su *imposibilidad* sumará la desgracia de verse privado de una fuente de sustento, el usufructo del caudal hereditario pendiente el ejercicio del poder testatorio, que como mucho sería reducido al meramente testamentario o legitimario, razón por la que es importante regular bien sobre este particular el instrumento de otorgamiento del poder testatorio.

*1.3. En el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, después de otorgado el poder testatorio*
Conforme al art. 45.3 LDCV, mientras el poder testatorio se extingue por dicha mera presentación "*aunque no se haya dictado sentencia antes de la muerte del causante*", no por ello el viudo pierde su legítima (art. 55 LDCV) pues se requerirá, ora sentencia firme de separación, nulidad o divorcio, ora mutuo acuerdo que conste fehacientemente, ora la "infidelidad post mortem" que veremos de seguido.

1.3.1. Tras la reforma del CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, la referencia a la sentencia que declare la separación o el divorcio ha de entenderse igualmente a formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario (art. 82 y 87 CC). Incluso OÑATE CUADROS[2292] admite que a la presentación de la demanda podría equipararse como causa de extinción del poder testatorio, caso de divorcio o separación notarial, el caso que el fallecimiento se produjera antes del otorgamiento de la escritura y la voluntad de extinguir la relación de algún modo pudiera acreditarse (p.ej. caso de que no se otorgara la escritura en unidad de acto y estuviere pendiente de ratificación por el cónyuge ausente), pues, dice dicho autor que se han equiparado sus efectos, al punto de sustituirse la expresión "separación judicial" por la de "separación legal".

1.3.2. ¿Puede el causante enervar, ordenar que no sean de aplicación, estas causas de extinción del poder testatorio por crisis matrimonial? Entiendo que no

[2292] OÑATE CUADROS, Francisco-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. 436.

porque[2293]: a) el art. 45.2 LDCV se expresa en términos imperativos "se extinguirá"; b) art. 102.2 CC, de directa aplicación en toda España afirma que admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, la revocación los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. El último párrafo del art. 102.2 CC permite pacto contrario a que cese la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, luego no se permite ese pacto respecto de los otros extremos del mismo precepto; c) esta causa de extinción se relaciona con el poder irrevocable en general, el otorgado en pacto sucesorio, pacto sucesorio que también se revoca ex art. 108.5 de la LDCV por nulidad del matrimonio, separación o divorcio, con lo que parece claro que la falta de confianza fundada en la nulidad, separación o divorcio o la mera demanda al efecto es suficiente para enervar el poder testatorio.

OÑATE CUADROS[2294] no comparte mi opinión por argumentos muy potentes y sensatos: a) exceso de analogía con el poder y mandato ordinarios; b) analogía con el art. 440 CDFAragón, que admite el pacto en contrario, luego el art. 102 CC no es de directa aplicación a los Derechos autonómicos; c) El art. 13.2 de la Ley 7/2015 reproduce la primera parte del art. 102 CC (revocación de poderes) pero no la segunda (continuación de la potestad doméstica y vinculación de bienes privativos, salvo pacto en contrario); d) el art. 108.5 LDCV da la solución contraria pues si un pacto sucesorio no se otorgara en atención al matrimonio el poder testatorio en el mismo quedaría vigente; e) el art. 831.5 CC permite pactar la subsistencia de la fiducia para caso de ulterior matrimonio y; por fin, y f) el art. 46 LDCV sobre la prevalencia de la voluntad del causante.

Me mantengo en mi opinión, ratificándome en los anteriores argumentos y respondo correlativa y respetuosamente: a) y c), la práctica unanimidad de la doctrina que está a favor del divorcio como causa de extinción de la delegación sucesoria del art. 831 CC[2295]; b) la aplicación analógica del art. 440 CDFAragón no procede en este caso porque el art. 407.1 CDFAragón al no dar carácter de representante del causante o comitente al fiduciario refuerza la no aplicación del art. 102.2 CC[2296]. Añado yo que

[2293] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 79.

[2294] "OÑATE CUADROS, Francisco-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. 436.

[2295] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil". IV Familia y Sucesiones*, obra cit., pp. 463, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, *Tomo II*, obra citada, pp. 239; MARTÍNEZ SANCHÍZ, José-Ángel, "El artículo 831 y el favor viduitatis" obra cit., pp. 979; RUEDA "La facultad de mejora y distribución de la herencia entre cónyuges", obra cit., pp. 286 y 287; RIVAS MARTÍNEZ, Juan-José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, obra cit., pp. 1609. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68 y 69 y "El otorgamiento de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 7, incluso adelanta los efectos a la pendencia del proceso de nulidad, separación conforme a la revocación de poderes del art. 102 CC.

[2296] Entiende LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 376, que si se entiende que la fiducia se equipara a un poder testamentario, el art. 102.2 CC determinaría la ineficacia de los consentimientos y poderes dados entre los cónyuges por la mera presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Por eso el primer autor citado requería una aclaración legislativa que no tuvo lugar pese a que en la Comisión redactora de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999 intervinieran a favor de esta tesis Delgado Echeverría y Batalla Carilla.

igualmente art. 276 CDFAragón prevé la pérdida del usufructo universal por separación de hecho, aunque no la extinción de la fiducia por esta última causa, y sin embargo síse extingue por la pérdida de la confianza, base de la fiducia conforme a la STSJ de Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002 y SAP de Teruel, de 09-02-2002. d) El art. 108.5 LDCV nada aporta pues un poder testatorio entre cónyuges en pacto sucesorio sin duda hace a éste otorgado "en atención" al matrimonio, que es lo mismo que "con ocasión" o "por razón del mismo", mero motivo, no causa[2297]. f) la voluntad del testador debe prevalecer (art. 46 LDCV) pero la confianza base de la institución aboca a su extinción[2298]. Y dicha confianza puede ser reestablecida pero expresamente, tal y como prevé el art. 45.4 LDCV en que el nuevo matrimonio del comisario viudo extingue el cargo, salvo disposición contraria del testador.

1.3.3. Sobre si la reconciliación posterior a la presentación de la demanda nulidad, separación o divorcio reactiva el poder testatorio debe concluirse que no, sin perjuicio de un nuevo nombramiento; pues el art. 45.3 LDCV prevé imperativamente su extinción ("El poder testatorio se extinguirá…") después de otorgado el poder testatorio.

Siguiendo a MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[2299], caben varios supuestos: a) que, una vez producidas la nulidad, separación o divorcio, el comitente reitere el llamamiento, reafirmando, pues, su confianza en el fiduciario inicialmente designado. Esta reiteración deberá cumplir los requisitos de forma previstos para el nombramiento (testamento o escritura pública), por lo que no parece admisible que pueda hacerse en los convenios reguladores del divorcio otorgados por los interesados en documento privado y aprobados judicialmente, puesto que no son escritura pública. b) Otra situación se daría cuando, pese a tener conocimiento de la demanda de separación, o encontrándose en trámite los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, el causante proceda a nombrar fiduciario a quien todavía ostenta la condición de cónyuge. En cualquiera de estos casos, el nombramiento debería persistir aunque no hubiere salvado expresamente dichas situaciones en el nombramiento, puesto que era evidente que conocía la situación en que se encontraban. c) Un último supuesto es el del nombramiento de fiduciario una vez se hubiese dictado sentencia de nulidad o divorcio. En este caso, la designación de quien anteriormente ostentaba la condición de cónyuge valdría como nombramiento hecho a un tercero. Una cuestión conflictiva en estos casos es qué régimen habría que aplicar a una persona que en el momento del nombramiento está casada o lo había estado con anterioridad, pero al fallecimiento no lo está, y el poder testatorio subsiste en los excepcionales casos señalados. En mi opinión, no se le aplicaría el estatuto del *alkar poderoso* pues así lo dispone el art. 41.3 LDCV: ".El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario".

---

[2297] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 97.

[2298] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 201 y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 185 quien invoca también el art. 102 CC. MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 183.

[2299] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 94. En similares términos OÑATE CUADROS, Francisco-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. 437.

1.3.4. Sobre si la separación de hecho es causa de extinción de la fiducia ASÚA GONZÁLEZ concluye que no[2300], opinión que comparto por dos motivos[2301]: a) porque el art. 45.3 LDCV habla de "presentación de demanda"; b) porque cuando la LDCV ha querido anudar efectos a la separación de hecho lo ha tipificado expresamente así, p.ej., art. 55, 112, 130, 131.3.

1.3.5. Matrimonio putativo y poder testatorio. Mientras la separación y divorcio (art. 81, 82, 86 y 87 CC) sólo se declaran judicialmente a instancia de uno o ambos cónyuges o por acuerdo entre los mismos, la nulidad (art. 74 CC) sólo tiene lugar por declaración judicial a instancia de los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona con interés legítimo, entre los que MERINO HERNÁNDEZ[2302] incluye a los interesados en la sucesión. En consecuencia la demanda de nulidad matrimonial frente al comisario viudo puede haberse interpuesto por terceros tras la muerte del causante y, entre ésta y la sentencia que declare la nulidad, el comisario puede haber ejercido su cometido en todo o en parte.

En tal caso tiene razón VALLET DE GOYTISOLO[2303] cuando afirma "la «fictio iuris» del matrimonio putativo sólo se circunscribe a proteger los resultados producidos durante la etapa de apariencia del vínculo nupcial, pero no puede empezar la promoción de una función familiar póstuma, para la cual no debe mitigarse el principio «quod nullum est, nullum producit efectus». Por eso, parece que los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, si bien no invalidan los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge supérstite de buena fe, excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio".

*1.4. Cuando el cónyuge-comisario contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo el caso de que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario* (art. 45.4 LDCV)[2304]: Estamos en presencia de las mismas causas de la extinción de los derechos en la sucesión forzosa del cónyuge (art. 55 LDCV).

1.4.1. Que el cónyuge-comisario contraiga nuevas nupcias. Debe recordarse que el matrimonio se perfecciona por el consentimiento, siendo la inscripción en el Registro Civil meramente declarativa, no constitutiva (art. 61 CC). En consecuencia la extinción

---

[2300] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 379.

[2301] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 191.

[2302] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 190.

[2303] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XII, obra cit., pp. 409. También LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124 y 1322, SAPENA TOMÁS, Joaquín, "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 16; y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 68: no entienden extensible los efectos del matrimonio putativo de buena fe para salvar la fiducia. La mayoría de la Doctrina, no obstante cree que sí en los supuestos de ejecución de buena fe previa a la sentencia de nulidad: RUEDA ESTEBAN, José-Luis, en "Capítulo 4. Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º, obra cit., pp. 1322; CASTÁN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", obra cit., pp. 596; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 238 y 239, LACRUZ BERDEJO, José-Luis, *Sucesiones*, Tomo II, obra cit., pp. 456; BOLÁS ALFONSO, Juan, "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI", obra cit., pp. 82, entiende que, agotada la labor interpretativa de la voluntad del testador, y salvo la existencia de un hijo discapacitado, se extingue la fiducia por haberse perdido la confianza, base de la fiducia.

[2304] Véase la SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016.

del poder testatorio tendrá lugar con la celebración del nuevo matrimonio del comisario viudo.

1.4.2. Que el cónyuge-comisario lleve vida matrimonial de hecho. Esta causa de extinción está relacionada con el art. 55 LDCV conforme al cuál salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legitimarios y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona. Conforme la SAP de Bizkaia, sec 3ª, de 24-10-2019 esta causa de extinción sólo anularía lo ejecutado por el comisario con posterioridad a su concurrencia, no lo anterior[2305].

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE[2306] se preguntaba cuánto tiempo debe durar esa vida marital y el tratamiento de una relación esporádica, lo que ha sido respondido por la jurisprudencia como, una convivencia marital estable[2307]. No es necesario, por tanto, que el comisario haya formado una pareja inscrita en ningún registro administrativo de parejas de hecho.

1.4.3. Que el cónyuge-comisario tenga un hijo no matrimonial. La causa de extinción es la existencia de un hijo sólo del viudo, pues el posterior matrimonio de los padres (causante y comisario) convierte en matrimonial al hijo que no lo era (art. 119 CC)[2308].

Ha de compartirse con MERINO HERNÁNDEZ[2309] que esta causa de extinción se funda tanto por la pérdida de la imparcialidad del comisario-viudo[2310], como por la

[2305] En el caso concreto era una estipulación testamentaria que imponía tal sanción, pero la consecuencia debe ser la misma, pues la voluntad del testador es la "ley" de la sucesión, art. 46 LDCV. No obstante prosigue dicha resolución afirmando que la extinción del poder testatorio (y del usufructo vidual) en tal caso de nueva vida marital del comisario viduo tiene lugar por ministerio de la ley, sin ser precisa su declaración judicial. No lo encuentro lógico, pues frente al título formal de institución del comisario, notarial, ha de poder esgrimirse otro título en sentido contrario y no la mera opinión de quien sostenga por sí y ante sí la extinción del cargo en cuestión

[2306] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 185.

[2307] Al efecto la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 09-05-2003 parte del principio de facilidad probatoria (art. 217.6 de la LEC) en relación a que las relaciones maritales o asimiladas se producen intra muros, de modo que la parte que las alega cumple con aportar un principio de prueba indiciaria de que dicha relación existe, correspondiendo a la parte que niega la convivencia marital y a cuyo alcance se encuentran los elementos probatorios, el destruir la presunción de convivencia alcanzada mediante dicha prueba indiciaria. En el mismo sentido, la SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016. Confirma que el poder testatorio del cónyuge-comisario se extingue si queda acreditado que mantiene una convivencia con una pareja de hecho (FJ 3). La SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 04-10-2004 "está acreditado que la demandada mantiene una relación de amistad con un hombre, sin embargo, ello no puede conllevar la extinción del usufructo viudal y la fiducia constituidas a su favor al ser preciso para ello una convivencia marital estable".

[2308] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 192.

[2309] MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, obra cit., pp. 194.

[2310] En tal sentido CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 781. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit. 185 y OÑATE CUADROS, Francisco-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. 441. De evitación de nepotismos lo califiqué

dificultad de posibles confusiones de patrimonios, lo que da respuesta a la crítica de ASÚA GONZÁLEZ[2311] acerca de que es un precepto orientado a la represión sexual, y que "resulta anecdótico", "pues el hijo podría ser adoptado o el resultado del uso de técnicas de reproducción asistida". Ciertamente, como avanzó CELAYA IBARRA[2312] la extinción es un efecto excesivo y podría salvarse la dificultad si se estableciera que el viudo solamente puede usar el poder entre los hijos y descendientes comunes, pues no parece acomodada a nuestro tiempo una sanción contra las segundas nupcias. Opina OÑATE CUADROS[2313] que el hijo no matrimonial ha de ser de existencia desconocida para el causante, haya nacido antes o después de su fallecimiento, pues lo que hace la ley es suplir la voluntad del testador. Estoy de acuerdo pues si lo conocía al tiempo de otorgar el poder testatorio es obvia la voluntad de enervar esta causa de extinción. Al efecto, entiende LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[2314] que si el fiduciario es mujer será difícil de ocultar, no así si es hombre, pero en este último caso tampoco es problema porque será obvio que no es hijo de la causante.

*1.5. Por renuncia del comisario* (art. 45.5 LDCV). La renuncia previa puede hacerse en cualquier forma y, una vez efectuada, es irrevocable[2315].

Se entenderá que el comisario renuncia cuando, requerido judicialmente para ello, no acepta la designación en el plazo de sesenta días (art. 45.5 LDCV), a lo que OÑATE CUADROS[2316] equipara el requerimiento notarial porque la substancia de la norma es la acreditación fehaciente de que el comisario conoce su nombramiento y está dispuesto a ejercerlo, en la forma prevista en el art. 66 Ley del Notariado para los albaceas. Entiendo acertada tal observación, en línea con lo previsto en la normativa de Aragón, que al efecto admite la forma notarial o judicial y la iniciativa de cualquier persona con interés legítimo[2317], pero en mi ejercicio profesional, en aras a la seguridad jurídica que da la interpretación gramatical de las normas, optaría por la vía judicial, bastando un acto de conciliación judicial al efecto (art. 139 y ss. LJV).

*1.6. Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder* (art. 45.6 LDCV).

---

en FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 192.

[2311] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 379.

[2312] CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI, obra cit., pp. 201.

[2313] OÑATE CUADROS, Francisco-Javier, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 441.

[2314] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 456.

[2315] GETE-ALONSO Y CALERA, María Carmen, "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo I, obra cit., pp. 210. GIMENO obra cit., pp. 185; FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 79.

[2316] OÑATE CUADROS, Francisco-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. 440.

[2317] Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 453, los interesados en la sucesión y los acreedores del causante.

1.6.1. Incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder.

Esta es una causa de extinción de la delegación de la facultad de ordenar la sucesión no prevista prácticamente en ninguno de los ordenamientos civiles autonómicos de España aunque sí admitida por la doctrina. Silencio sobre esta causa de extinción que también se da en la legislación de Mallorca, Menorca[2318] e Ibiza y Formentera[2319], Cataluña [2320], en Galicia[2321], Navarra[2322] y Derecho civil común[2323]. Sí lo prevé la regulación aragonesa[2324].

La LDCV admite este motivo de extinción del poder testatorio pero no lo detalla, luego se remite al Derecho civil común, supletorio, a las causas de indignidad de los art. 756 y 757 CC[2325], lo que implícitamente permite entenderlas enervadas, como bien dice

[2318] VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º, obra cit., pp. 391 y ss. CARDONA GUASCH/LLODRÁ GRIMALT, "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 868.

[2319] CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, obra cit., pp. 1451.

[2320] GETE-ALONSO, María-Carmen , Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 764; ABRIL/AMAT/CECCHINI/PUIG FERRIOL, *Memento experto civil Cataluña*, obra cit., pp. 566.

[2321] PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 81, se postula a favor de la indignidad como causa de extinción. BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 396, opina lo contrario, rechaza la indignidad como causa de extinción del cargo de comisario, como también el incumplimiento de los deberes familiares.

[2322] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 850 y 873: los fiduciarios-comisarios no podrán ejercitar sus funciones si son declarados indignos de suceder al causante y demostrarse así su ausencia de probidad respecto a tomar decisiones patrimoniales propias o ajenas. Igualmente añade como causa de extinción cuando el fiduciario incurra, respecto al causante o a sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación.

[2323] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, obra cit., pp. 70: "Ninguna de esas dos cosas las dice específicamente el Código, pero es obvio que son precisas para poder mejorar a herederos del difunto, porque no se concibe que pueda hacerlo quien es indigno para heredar a éste o a quien éste desheredó justamente"; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II, obra cit., pp. 241; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, *Sucesiones*, Vol. 2, obra cit., pp. 597; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. "El artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 1124, VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra. *La mejora en el código civil español*, obra cit., pp. 60; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XI, obra cit., pp. 377; SAPENA TOMÁS, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)", obra cit., pp. 47. GARCÍA RUBIO, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", obra cit., pp. 78, apunta que aunque no sea llamado a la sucesión el progenitor no cónyuge fiduciario pierde este cargo si incurre en causa de indignidad o desheredación para con el causante, pues es absurdo que lo pierda en viudo y no el otro posible fiduciario, el mero progenitor. MILLÁN SALAS, Francisco, "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil", obra cit., pp. 411.

[2324] STSJ de Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002 y SAP de Teruel, de 09-02-2002. Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Título IV. La Fiducia sucesoria", en *Tratado de derecho de sucesiones aragonés*, obra cit., pp. 457, se funda en que el fiduciario es un "alter ego" del causante, razón que comparto y asienta más la teoría de la fiducia como representación "post mortem" del causante.

[2325] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380. FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 80.

ASÚA GONZÁLEZ[2326], si el causante las conocía al tiempo de otorgar el poder testatorio (art. 756 CC), pero si la causa es posterior a la designación del comisario, el simple conocimiento, sin remisión en documento público, no afectará a la eficacia de la indignidad (art. 757 CC).

1.6.2. La mala conducta o conflictos con los sucesores presuntos. No se admite en el Derecho civil autonómico español comparado la mala conducta o el incumplimiento del delegado de sus deberes jurídicos como causa de extinción de su encargo. El art. 86.5 de la Compilación de Aragón[2327] previó como causa de extinción de la fiducia la negligencia grave o malicia en el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la administración de los bienes pendientes de asignación. Pero esta causa ya no la contempla el CDCAragón[2328]. Respecto de Mallorca y Menorca, JIMÉNEZ GALLEGO[2329] se muestra partidario de un número abierto de causas, siempre que las mismas supongan el distribuidor no esté en condiciones de ejercer sus funciones. En la doctrina de Galicia[2330] se entienden incluidos los conflictos de intereses como causa de extinción del encargo. Y en Navarra se comprende tanto la negligencia o mala gestión de los bienes[2331]como la infracción de los límites del encargo fiduciario, por incumplir los criterios expresados por el comitente (incluida la auto asignación no tolerada).

Bajo la LDCV no parece que sean causas de extinción del poder testatorio la negligencia grave o la malicia en el cumplimiento las obligaciones inherentes a la administración de los bienes, como tampoco es causa de remoción la comisión de eventuales ilícitos civiles o vulneraciones de las instrucciones recibidas para su encargo, sin perjuicio de la responsabilidad por daños en que incurra[2332], o la posible ineficacia de lo así actuado[2333]. Es la misma solución que da para la fiducia aragonesa su

[2326] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380.
[2327] Cfr. STSJ Aragón (Civil y Penal), de 24-05-2002.
[2328] Se excluye como casusa de extinción el abuso de la cosa usufructuada, así, la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 04-10-2004 tampoco procede declarar la extinción pretendida en base al incumplimiento por la demandada, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad por no incluir en la escritura de manifestación de la herencia, entre los bienes inventariados, el dinero, ya que ello fue conocido y consentido por la actora. La SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 31-07-2001 afirma la no aplicación analógica causas de extinción del albaceazgo o mandato Sobre que no cabe de la remoción del cargo por incumplimiento de sus deberes, por analogía con el albaceazgo. Igualmente MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 136, fundándose en evitar la sucesión intestada del causante y que debe prevalecer la confianza que éste ha depositado en el fiduciario. SJ Primera Instancia de Zaragoza nº 14, de 14-01-1994: Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse analógicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.
[2329] JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, obra cit., pp. 362.
[2330] BUSTO LAGO, José-Manuel, "Capítulo XI. Derecho de sucesiones I: delación de la herencia, sucesión testada e intestada", en *Curso de Derecho Civil de Galicia*, obra cit., pp. 402. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, *Negocios constitutivos y negocios de ejecución en la sucesión ordenada por comisario*, obra cit., pp. 81.
[2331] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, obra cit., pp. 871 y 873.
[2332] SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 5ª, de 01-12-2015. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 367.
[2333] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 78.

doctrina[2334]. Un argumento adicional es que si el art. 108.4 LDCV contempla como causa de revocación de los pactos sucesorios la "conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar" y no lo ha hecho para el poder testatorio será porque así lo ha querido el legislador. Por lo tanto sólo si el comisario va más allá de una mera mala conducta e incurre para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder es causa de extinción de su encargo (art. 45.6 LDCV), como hemos visto.

No obstante, más recientemente se han alzado voces como la de OÑATE CUADROS[2335]abriendo la posibilidad de que el Juez pueda ordenar la revocación del poder testatorio si se considerase lesivo para alguno de los hijos menores o con discapacidad o del propio instituyente por aplicación analógica del art. 34 LDCV. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 "obiter dicta" en el mismo sentido[2336].

*1.7. Por las causas previstas en el propio poder* (art. 45.7 LDCV). Podrán ser todas las que desee el causante[2337] (art. 46 LDCV) siempre que no vayan contra la Ley, la moral o el orden público (art. 6, 7 y 791 CC), en cuyo caso se tendrán por no puestas (art. 792 CC), por el principio "favor testamentii" o, en general, pro validez del negocio jurídico.

Conforme la SAP de Bizkaia, sec 3ª, de 24-10-2019 las condiciones previstas para la extinción del poder testatorio producen sus efectos por ministerio de la ley, sin ser precisa su declaración judicial y sólo se anularía lo ejecutado por el comisario con posterioridad a su concurrencia, no lo anterior[2338]. Lo segundo es totalmente lógico y razonable, lo primero no, pues frente al título formal de institución del comisario, notarial, ha de poder esgrimirse otro título en sentido contrario y no la mera opinión de quien sostenga por sí y ante sí la extinción del cargo en cuestión.

*1.8. Por revocación por el causante* (art. 45.8 LDCV). Como afirman CELAYA IBARRA y OÑATE CUADROS[2339], la revocación más que causa de extinción del poder hace que éste no llegue a nacer. Continúan afirmando dichos autores que la revocación debe cumplir las mismas solemnidades que el otorgamiento del poder, aunque en mi opinión ello quiere decir que ha de recurrirse al catálogo de títulos formales del art. 33 LDCV, no que haya de haber una correspondencia total entre el usado para nombrar al comisario y el utilizado para revocarle el poder testatorio.

---

[2334] Plantea MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel-Ángel, *La fiducia sucesoria aragonesa*, obra cit., pp. 139, la posibilidad de que los sucesores presuntos acudan al Ministerio Fiscal reclamando que actúe exigiendo al administrador hereditario responsabilidades por daños.

[2335] OÑATE CUADROS, Francisco-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. 437.

[2336] De manera un tanto sorprendente la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-06-2018 sí que abre la puerta a que el sucesor presunto pueda pedir la remoción o la renuncia del designado comisario que no formó inventario según la Ley 3/1992, la cual, de modo igualmente sorprendente dice que no obligaba a formar inventario al mismo.

[2337] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380. OÑATE CUADROS, Francisco-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. 441.

[2338] En el caso concreto era una estipulación testamentaria que imponía tal sanción, pero la consecuencia debe ser la misma, pues la voluntad del testador es la "ley" de la sucesión, art. 46 LDCV.

[2339] CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 781. . OÑATE CUADROS, Francisco-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.n434.

El comisario es un cargo revocable hasta el fallecimiento del testador e irrevocable desde ese momento. No obstante, la revocación del poder depende del instrumento en que se inserte[2340]:

1.8.1. El poder otorgado en testamento ordinario unilateral es absolutamente revocable (art. 739 CC),

1.8.3. El poder otorgado en testamento mancomunado es revocable antes del fallecimiento de uno de los otorgantes. Después del óbito de uno de los testadores el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiere otorgado sobre su propia herencia si trajeren causa de las disposiciones del premuerto (art. 28.1 LDCV)[2341].

1.8.3. El poder otorgado en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales es irrevocable por el causante de modo unilateral en opinión de MONASTERIO AZPIRI[2342]. Por el contrario, ASÚA GONZÁLEZ[2343] considera la designación de comisario como esencialmente revocable con independencia de la forma concreta utilizada para el nombramiento porque admite que caben pactos sucesorios sin la nota de irrevocabilidad. IMAZ ZUBIAUR[2344] da un argumento más potente y conciso, cual es la literalidad de los art. 48 y 171 Ley 3/1992 (actual art. 45.8 LDCV): "El poder testatorio se extinguirá: (…) Por revocación".

Por mi parte, entiendo[2345] que, como todo contenido de un pacto sucesorio, el poder otorgado dentro del mismo es irrevocable en el sentido del art. 1256 CC ("La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los

---

[2340] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 80.

[2341] STSJ de Aragón (Civil y Penal), sec. 1ª, de 22-12-2017 (confirma la SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 13-06-2017) La parte recurrente denuncia la infracción del art. 421.4 del CDFA. Este artículo regula la forma de revocación del testamento mancomunado, distinguiendo las disposiciones correspectivas de aquellas que no lo son. En el caso de autos es claro que la concesión de facultades fiduciarias de cada uno de los testadores a favor del otro no son disposiciones correspectivas. El último apartado, al que se refiere la parte que recurre en casación, ordena que toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, exigencia formal que el legislador previene para posibilitar la comunicación al otro otorgante, en cumplimiento del deber de lealtad a que se refiere el preámbulo de la Ley, lo que se realiza mediante la notificación que el Notario realizará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, del mero hecho del nuevo otorgamiento. Pero la norma no anuda a la exigencia formal la consecuencia pretendida por el recurrente, de nulidad o ineficacia del testamento ológrafo, pues el mismo apartado 4º, in fine establece que "sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante -sobre la existencia del anterior testamento mancomunado- o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación".

[2342] MONASTERIO AZPIRI, Icíar. "Capítulo III. De los pactos sucesorios. Sección Primera. Disposiciones generales (Artículos 100 a 103)", en Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 148. Toma la definición de LACRUZ BERDEJO, José-Luis, en *Derecho de sucesiones I. Parte general, sucesión voluntaria,* obra cit., pp. 719.

[2343] ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 380.

[2344] IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 324.

[2345] FERNÁNDEZ DE BILBAO 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. 80.

contratantes"), luego el pacto sucesorio que contenga el poder testatorio enerva la potestad de pura revocación unilateral potestativa del causante que es la que prevé el art. 45.8 LDCV. Caso diferente es que también puede incluirse un poder testatorio en la escritura pública que contenga el pacto sucesorio pero dando a aquél expresamente carácter meramente unilateral, en cuyo caso será libremente revocable por el *de cuius*. En todo caso, aunque el art. 108.5 LDCV[2346] establece la revocabilidad del mismo por crisis del matrimonio, aunque se puede pactar el carácter unilateral del nombramiento de comisario inserto en dichos instrumentos o reservarse el instituyente la facultad de revocarlos unilateralmente, como ya hemos visto.

*1.9. Por extinción de la pareja de hecho, salvo que lo sea por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja* (art. 45.9 LDCV): Tampoco parece que debamos entender extintos los poderes sucesorios otorgados antes de la LDCV por los miembros de una pareja de hecho que tras la entrada en vigor de la misma se casen entre sí, dada la equiparación entre matrimonio y las parejas de hecho inscritas en el Registro Administrativo del Gobierno Vasco, el hecho que no cesa la relación de confianza, por matrimonio entre los propios miembros de la pareja y las D.T.1ª LDCV y D.T.3ª CC.

*1.10. Por consumación del poder*.[2347] Funda OÑATE CUADROS[2348] dicha causa en el art. 44 LDCV y señala que es la causa de extinción del poder testatorio y precisa que cuando el poder testatorio se ejercite en varios actos, salvo disposición en contrario del testador (art. 42 LDCV), la extinción se producirá cuando se haya agotado el caudal relicto o se haya ejecutado en su totalidad el encargo del comitente. En mi opinión esta causa también se alude en el art. 37 LDCV: "Mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada", respaldada por la doctrina navarra sobre la similar ley 287 CDCFNavarra "en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido"[2349].

[2346] En este caso a la revocación es diferente a la resolución contractual ex art. 1124 CC: a) los efectos no se producen "*ipso iure*" (la resolución contractual se produce extrajudicialmente y al incumplidor incumbe impugnarla si no la considera justa, STS, Sala 1ª, de 09-06-1997) sino que es necesaria su declaración judicial (STS de 26-05-1988). b) La legitimación para revocación, al contrario que la resolución, no se da a ambas partes sino al donante/instituyente (art. 647 CC y 79, ap. 3, 4 y 5 Ley 3/1992 explícitamente y el ap. 2 implícitamente a la vista de los art. 74 y 77 del mismo texto legal); c) es personalísima e intransmisible (art. 653 CC) aunque se ha venido admitiendo por el Tribunal Supremo la continuidad de tal acción por los herederos (STS de 03-12-1928, 11-05-1975 28-07-1997, 25-06-1990) cuando se hubiese interpuesto en vida por el donante. Según la STS, Sala 1ª, de 11-12-1975, pese al silencio del CC, por analogía con el art. 652 del mismo, la acción de revocación de donaciones modales es intransmisible en el supuesto de que el donatario habiendo podido ejercitarla, no lo hubiere hecho, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar.

[2347] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en *Manual Práctico de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 194 y 195.

[2348] OÑATE CUADROS, Francisco-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. 438.

[2349] NANCLARES VALLE, Javier, "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra", en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, obra cit., pp. 884.

**2. Efectos de la extinción.**

*2.1. Irretroactividad.* En principio, los efectos de la extinción del cargo de comisario no son retroactivos, manteniéndose la validez de los actos ya ejecutados por el comisario (SAP de Álava, sec. 1ª, de 16-11-2016)[2350].

*2.2. Sustitución.* CELAYA IBARRA, ASÚA GONZÁLEZ y URRUTIA BADIOLA[2351] entienden que siempre que el causante no hubiera dispuesto otra cosa, extinguido el cargo de un comisario, la ordenación les correspondería al resto de comisarios, sean solidarios o mancomunados, pero si se tratara de varios comisarios simultáneos con poderes referidos a diferentes bienes, para la absorción de sus funciones por los demás sería necesario que así lo hubiere previsto el causante.

*2.3. Delación.* Extinto el poder testatorio, conforme al art. 17.2 LDCV, a falta de testamento preventivo del causante, se abrirá la sucesión intestada, por la parte de los bienes hereditarios que no hayan sido objeto de ordenación sucesoria por el comisario[2352].

No obstante, recordemos que si el acto de ejercicio del poder testatorio es nulo o los beneficiarios no quieren o no pueden aceptar su atribución sucesoria, el comisario podrá hacer nueva designación en el plazo de un año desde que conozca de forma fehaciente estos hechos (art. 44, novedad) y, en su defecto se abre el testamento preventivo o la sucesión abintestato.

---

[2350] El art. 48 de la Ley 3/1992, igual que el art. 45 de la vigente LDCV, dispone las causas de extinción del poder testatorio. Hasta que concurren, el poder es válido y eficaz, y cuando se dan, deja de serlo. Los efectos de tal extinción son *ex nunc*, porque es consustancial a la extinción la desaparición desde el momento en que se acuerda. No hay efectos *ex tunc*, característicos de la rescisión o la nulidad plena, pero no de causas contingentes y que pueden presentarse en momentos diversos.

[2351] CELAYA IBARRA, Adrián, *El testamento por comisario,* obra cit., pp. 757-758. ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isabel, "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario", en *Manual de Derecho Civil Vasco*, obra cit., pp. 369. URRUTIA BADIOLA, Andres-María, "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco*, obra cit., pp. 390.

[2352] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio", en *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*, obra cit., pp. 184. OÑATE CUADROS, Francisco-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. 439.

# CAPÍTULO QUINTO. CONCLUSIONES.

**PRIMERA.-** El testamento por comisario, aunque con precedentes romanos, dudosos parece ser una práctica común en todos los reinos de la Europa occidental en la Edad Media.

En concreto, la figura del Derecho Civil Vasco parece provenir del Fuero Real de Castilla en el que, aunque quizás no fuera esa la intención del legislador consagró en ley escrita una verdadera sucesión por comisario o testamentificación por poder donde lo ordenado por el comisario valía como lo dispuesto por el testador. Es decir se hablaba del fenómeno representativo.

**SEGUNDA.-** En la Baja Edad Media surgen dudas en Castilla sobre la licitud de la institución.

Mientras *Las Partidas*¸ una normativa doctrinal, fundada en Derecho Romano y no en la práctica jurídica del común, prohibieron la figura reduciéndola a una elección *in incertum de certis*, una fina orfebrería doctrinal sobre qué es y qué no es delegar en otro la voluntad rodeará ese problema que se reproducirá en la doctrina del siglo XX.

**TERCERA.-** La sucesión por comisario en el Derecho civil de Bizkaia, que a la postre devendrá en Derecho Civil Vasco, pues la LDCV se inspira en aquél, se separa del Derecho castellano y adquiere gran vitalidad frente al declive de la figura de la sucesión por comisario en Castilla y luego en las zonas de Derecho civil común de España.

A comienzos del siglo XX existe una consolidada estructura doctrinal, donde se combina la aplicación en Bizkaia de un derecho civil propio sólo para ciertas instituciones, con un Derecho civil castellano (luego el común español) no sólo por la prelación de fuentes normativas, sino también por la formación en universidades castellanas de los juristas. Sobre dicha base se intentan redactar de un modo continuista en los aspectos asentados y juzgados positivos y aclarando cuestiones dudosas los apéndices al Código civil y finalmente la Compilación de 1959.

**CUARTA.-** En el último cuarto del siglo XX se intenta erigir el Derecho Civil Vasco escrito y unificado, tomando como base el Derecho civil vizcaíno, de modo preeminente en relación a la sucesión por comisario.

De modo paradójico vuelven a surgir los movimientos teóricos recelosos de la figura, no sólo doctrinales, sino incluso propuestas legislativas que tratan de embridar la figura justificándose en cuestiones doctrinales. Los mismos justificarán la reducción del ámbito de la sucesión por comisario por la distinción entre el "*personalismo formal*", que permite que un tercero distinto del causante otorgue su testamento o contrato sucesorio, un auténtico representante (que debería prohibirse según ciertos autores), frente al *"personalismo material"* (que debería permitirse a decir de dicho sector doctrinal), de modo que el causante otorga un instrumento en que reenvía a la voluntad de otro la toma reducida de decisiones, como la designación del concreto sucesor, la fijación de porciones, etc.

Sin embargo, las tendencias normativas más apegadas a la práctica jurídica y a la evolución de la sucesión por comisario, como representante del causante al ordenar la sucesión de este último han prevalecido en la LDCV.

**QUINTA.-** Un breve repaso del Derecho interregional español comparado pone en perspectiva las bondades de la sucesión sujeta a la Ley de Derecho Civil Vasco

La normativa vasca y la aragonesa son muy similares en su origen y soluciones normativas. Sus objetivos y soluciones, muy similares: La conservación de la Casa; la mejor protección de los descendientes; la protección del propio causante; robustecer la posición del fiduciario; facilitar la disposición de los bienes hereditarios y la posesión interina del patrimonio hereditario. En consecuencia el CDFAragón servirá de recurso analógico para interpretar la LDCV. Por fin, no puedo dejar de constatar que, en mi opinión, la doctrina aragonesa es la que ha llegado al más alto grado de excelencia en el estudio de la institución de la fiducia sucesoria.

El *usufructo poderoso ayalés* ha experimentado una evolución convergente con el poder testatorio vizcaíno, y ahora vasco, que le hace participar prácticamente de los mismos caracteres, quedando muy escasas diferencias antes comentadas: No se señala ningún plazo para el ejercicio del usufructo poderoso, por lo que, a falta de su determinación por el causante, puede ser ejercitado en cualquier tiempo; no expresa que la vigencia del usufructo poderoso se subordine a la muerte del comitente pues al otorgante se le llama "*constituyente*", no causante. Y una presunción *iuris tantum* de que la concesión del poder testatorio en Álava concede el usufructo al delegado para testar, mientras el poder testatorio sólo se lo concede al cónyuge o pareja de hecho comisario.

*El heredero distribuidor de Mallorca y Menorca.* Se trata de una figura que desde un origen romanista se ha ido acercando a la típica figura en derecho interregional español de fiducia constituida para elegir el mejor sucesor de entre los parientes, con la ventaja de que el fiduciario puede ser cualquier persona, no sólo el cónyuge y que se le facilita la labor de predetraer las legítimas. No extraña el escaso éxito de la figura que reportan los autores locales, pues el monolítico sistema romano que impone la necesidad de instituir heredero obstaculiza el sistema, pues se trata de compatibilizar un nombramiento de heredero dotados de plenas facultades sobre la herencia, con la simultánea invitación, que no orden, a que el mismo abdique de su derecho, nombrando ulteriores sucesores del causante. También se nota el origen romanista en la querencia o asimilación en muchas soluciones a la sustitución fideicomisaria en el sentido de llamamientos sucesivos del primer causante aunque con diferencias como que el distribuidor no está obligado a ejercer su cargo. Pero el mayor lastre de la figura es la necesidad de disponer a favor de "parientes" del causante, concepto que la doctrina trata de ensanchar aplicando la libertad testatoria a favor de terceros, *contra laegem.*

*La fiducia sucesoria en Ibiza y Formentera*. Tiene por objeto, como en otros derechos civiles autonómicos, la conservación del patrimonio familiar y la unidad de la familia en torno al cónyuge viudo. La sencilla regulación pitiusa que confiere al fiduciario la facultad de "ordenar la sucesión", unida a la compatibilidad de la sucesión testada e intestada y la falta de necesidad del nombramiento de heredero simplifica el funcionamiento eficaz de la figura. Las "carencias normativas" se han suplido por un recurso analógico a las instituciones aragonesas, navarras y vascas de delegación de la

sucesión, con éxito. La figura es de gran utilidad para proteger al cónyuge el único fiduciario a favor de los hijos y descendientes como únicos beneficiarios, pero como en el Derecho Civil de Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no es legitimario, la fiducia unida a un derecho de usufructo a su favor le amparan a la vez que facilitan la gestión del patrimonio hereditario, con gran similitud de resultado a las citadas regiones. La proximidad, por tanto a la figura de la sucesión por comisario en el País Vasco es muy destacable, salvo en el sistema legitimario que entorpece un poco las facultades del fiduciario.

La delegación de la facultad de ordenar la sucesión en Cataluña. Tiene tres figuras, la *institución de heredero por fiduciario*, el *heredero de confianza* y el fideicomiso de elección y distribución. Sólo la primera figura se parece a la sucesión por comisario en la LDCV puesto que el comisario no es verdadero heredero, no es sucesor del causante. El objeto de la fiducia sucesoria en Cataluña es como en otros derechos civiles autonómicos la de conservación del patrimonio familiar y la unidad de la familia en torno al cónyuge viudo. La figura es de gran utilidad para proteger al cónyuge el único fiduciario a favor de los hijos y descendientes como únicos beneficiarios, pero como en el Derecho Civil de Cataluña el cónyuge viudo no es legitimario, la fiducia unida a un derecho de usufructo a su favor le amparan a la vez que facilitan la gestión del patrimonio hereditario, con gran similitud de resultado a las citadas regiones. Sin embargo, nuevamente, la timidez de la figura en la que el fiduciario necesariamente ha de disponer de la herencia a favor de los descendientes del causante supone un freno a la institución. La similitud, por tanto a la figura de la sucesión por comisario en el País Vasco es muy destacable, con la limitación de que sólo puede usarse a favor de hijos y descendientes del causante.

La *sucesión por comisario* en la legislación de Galicia tiene como objeto, como en otros derechos civiles autonómicos la de conservación del patrimonio familiar (el "petrucio", la "mejora al labrar y poseer") y la unidad de la familia en torno al cónyuge viudo. La figura es de gran utilidad para proteger al cónyuge el único fiduciario a favor de los hijos y descendientes como únicos beneficiarios. El viudo es usufructuario pero si unimos las funciones de comisario al usufructo universal surge un comisario *plenario* especialmente reforzado por un alto techo de facultades a su favor que le amparan a la vez que facilitan la gestión del patrimonio hereditario, con gran similitud de resultado a las citadas regiones, incluido el hecho que es una institución vitalicia por defecto. La timidez de la figura en la necesidad de disponer a favor de los descendientes del causante supone un freno a la institución. Por otra parte es una ventaja la posibilidad de pagar la legítima individualizada porque se trata de un mero crédito contra la herencia que el fiduciario como albacea que es puede satisfacer de diversos modos, si bien no parece que pueda ser aplazado su pago y esto es una cortapisa a la libertad del comisario que también observamos en Derecho civil común. En suma, se asemeja mucho a la sucesión por comisario en la LDCV, y se aleja del complejo art. 831 CC porque el comisario tiene cuantas facultades correspondan al atribuyente en orden a la transmisión sucesoria de los bienes hereditarios, de institución y de ejecución, olvidándose de ambiguas y pacatas facultades de "mejorar" y "distribuir". La asimilación, por tanto, a la figura de la sucesión por comisario en el País Vasco es muy destacable, con la limitación de que el comisario gallego sólo puede atribuir la herencia del causante a favor de hijos y descendientes de este último.

La delegación de la facultad de ordenar la sucesión en Navarra. De entre las cuatro figuras de delegación de la facultad de ordenar la sucesión en Navarra, sólo el fiduciario-comisario se parece a la sucesión por comisario en la LDCV puesto que el comisario no es verdadero heredero, no es sucesor del causante, lo que excluye de semejanza a la herencia de confianza y al fideicomiso de elección. El objeto de la fiducia sucesoria en Navarra es, como en otros derechos civiles autonómicos, la de conservación del patrimonio familiar y la unidad de la familia en torno al cónyuge viudo. En cuanto a esto, la encomienda al cónyuge como único fiduciario para que ordene la sucesión del causante a favor de los hijos y descendientes como únicos beneficiarios, unido a un derecho de usufructo universal a favor del mismo, a la vez ampara y facilita la gestión del patrimonio hereditario. El parecido, por tanto a la figura de la sucesión por comisario en el País Vasco es muy destacable, con la limitación de que sólo puede usarse de la fiducia navarra a favor de hijos y descendientes del causante.

La fiducia del art. 831 CC. El fin del art. 831 CC fue aproximarse a las legislaciones forales, pues deseaba reducir todos los derechos civiles españoles a un único derecho civil común, así como para reforzar la posición de viudo y, consiguientemente, el mantenimiento de la paz familiar. El proclamado objetivo, desde el año 2003, de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad no se observa claramente. Sin embargo, el precepto, aunque ha dado lugar a ríos de tinta, ha sido de utilización muy limitada. La facultad de elección del sucesor está plagada de problemas desde puramente teóricos, como la posibilidad de instituir herederos, sustituciones, etc., hasta el más práctico de que la legítima estricta queda fuera del ámbito de disposición del fiduciario. El viudo tampoco queda muy protegido, salvo que vaya acompañado de su nombramiento de usufructuario universal, con "cautela socini", o al menos sobre los tercios de libre disposición y de mejora. En suma, una institución muy cercana a la sucesión por comisario de la LDCV que vía un fino diseño testamentario puede acercarse aún más, pero que no tiene todo su potencial.

**SEXTA.-** De lo visto hasta ahora se concluye que, frente a la aparente restricción del Derecho Civil Común de España (arts. 620 y 667 CC) en que la muerte es el momento clave de la sucesión. Lo propio del Derecho civil vasco es que aquella, ora se anticipe a su muerte (pacto sucesorio *inter vivos*), ora se abra de seguido (testamento o pacto sucesorio *mortis causa*) o sea posterior a la misma (poder sucesorio), como reconoce el art. 17, ap. 1 y 2 LDCV.

Ello tiene los siguientes y positivos efectos:

- Conservación indivisa del Caserío, como posteriormente explotaciones industriales, negocios o patrimonios profesionales o personales, etc.

- Amparo del viudo, de modo que a la desgracia de que se le muera su pareja, el patrimonio conseguido con largos años de esfuerzo se le quite por ese nefasto acontecimiento en dudoso beneficio de la descendencia.

- Protección de la descendencia quien antiguamente debía demostrar quién era el más válido para suceder en la explotación y hoy, dada la inversión de la pirámide de población, heredando de media sobre los sesenta años de edad, no

resulta higiénico que hijos pródigos que esperen a vivir de los padres antes y después del fallecimiento de alguno de ellos.

- El poder testatorio como un mecanismo representativo, se nos aparece como un patrimonio con vida propia, que "se ve pero no se toca" en beneficio del mejor destino del mismo. En consecuencia, su consideración utilitarista como fenómeno representativo es benéfica.

- El comisario viudo dotado de un *status* jurídico excepcional estará protegido y a la vez motivado para, en la confianza recibida, llevar a buen puerto dicho patrimonio, mediante su posesión interina y su administración y disposición.

- La flexibilidad de la institución permite usarla para muchos otros fines distintos del tradicional proteccionismo familiar.

**SÉPTIMA.-** Hoy en día el fenómeno de la sucesión por comisario sigue siendo la ordenada por una persona en nombre de otra ya fallecida en virtud del poder que esta le confirió y se integra por dos actos.

El primero es 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, el segundo, el acto de atribución sucesoria por cuenta del causante que otorga el comisario designado, haciendo uso del poder (art. 18 y 43 LDCV).

Y dada la distinción entre investidura y ejercicio del poder (cfr. art. 1259 y 1725 CC), es acertada la terminología de la LDCV, *sucesión por comisario*, pues ni el nombramiento del comisario ni el negocio jurídico que este último utilice en su cometido se constriñen al empleo como título del testamento, sino que pueden ser otros, particularmente donaciones y pactos sucesorios, como veremos.

**OCTAVA.-** La percepción de la sucesión por comisario como representativa, que es la más natural o intuitiva y con precedentes históricos es la que más ventajas prácticas aporta y menos problemas suscita.

Entiendo que con la actual LDCV es pacífico que en la sucesión por comisario éste representa al *de cuius* cuando ordena su sucesión. La diferencia teórica con la percepción meramente fiduciaria se limita a la *contemplatio nomine*, esto es, que el delegado para testar al cumplir con su cometido manifiesta hacerlo en nombre del causante. En tal caso hay representación del mismo. Si, por el contrario, lo hace en nombre propio y sobre la herencia yacente habría la mera fiducia.

La diferencia es pues más teórica que real, máxime porque los autores que optan por la percepción no representativa de la figura de la fiducia suplen las lagunas normativas de la misma con la analogía con la normativa del poder.

Sin embargo las ventajas prácticas de la concepción de la sucesión por comisario como una representación del causante son abundantes:

- El poder sólo habilita pero no obliga al representante, para actuar.

- La innecesariedad de la relación causal del apoderamiento.

- La imposibilidad de fiscalizar la ejecución de su encargo por el comisario.

- Menos conflictos móviles interregionales e intertemporales.
-
- Menos problemas de capacidad del comisario.

- Menos problemas de legitimación del comisario.

- Menos problemas de legitimación de los sucesores.

- La fiducia es un "mandato especial" otorgado para uno o más negocios determinados mientras que el poder es un "mandato general", para todos los negocios, toda la ordenación sucesoria del causante.

- La interpretación de las facultades de la delegación será más segura consecuencia de su consideración como un poder, por lo las mismas que han de constar por escrito.

- La libertad del causante, como la de todo otorgante del poder permite entender que existen *poderes implícitos* o facultades no expresamente comprendidas en el encargo pero necesariamente incluidas en el mismo a fin de dar cumplimiento al mismo.

- En el ámbito objetivo da la respuesta afirmativa a la autoadjudicación y al autocontrato por el comisario.

- Despeja a favor de la mayor amplitud las dudas sobre las facultades del comisario, que no debe limitarse a hacer una elección *in incertum de certis*.

- 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.

- La delación de la herencia en el momento del ejercicio del poder testatorio.

- La irrevocabilidad como regla general de los actos de ejecución del poder testatorio grava menos las legítimas.

- En términos generales, la extinción del poder no se presume. Y sí su subsistencia.

- 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 permite la aplicación del art. 102.2º CC.

- 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. 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.

**NOVENA.-** El comisario viudo o *alkar poderoso* participa de la naturaleza esencial del poder testatorio, no lo altera sino que cumple con el papel de proteger al viudo quien por la propia pendencia de su decisión recibirá los parabienes de los presuntos sucesores, a la par que usufructuará el caudal.

El otro papel será que dicho usufructo no es un derecho en sí mismo, el comisario no es un transmisario en el fenómeno sucesorio sino que se le otorga las facultades de disfrute de la herencia como medio adicional para mejorar la administración y disposición de los bienes hereditarios.

# BIBLIOGRAFÍA.


- Abril Campoy, Juan-Manuel, Amat Lllarí, María Eulalia, Cecchini Rosell, Xavier y Puig Ferriol, Lluis (coord.). *Memento Experto Civil Cataluña*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016. ISBN 978-81-16924-06-6.

- Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbidearen Akademia. "Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco". *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN: 1888-0525, "Boletín Extraordinario IV Año V, Junio 2007.

- Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbidearen Akademia e Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia. *Propuesta de Ley Civil Vasca*. Academia Vasca de Derecho/Euskal Zuzenbidearen Akademia e Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, Bilbao, 2012. ISBN 978-84-7752-517-2.

- Aizpurua Ondaro, Gontzal. *Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco. Antecedentes Forales, Legislación Civil General, Otras legislaciones forales o especiales, Legislación Constitucional, jurisprudencia*. Instituto de Estudios Vascos, Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, Bilbao, 1998. ISBN 84-7752-182-4.

- Albaladejo García, Manuel. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XII, vol. 2º. EDERSA, Jaén, 1979. ISBN 84-7130-278-0-84-7130-216-0.

- Albaladejo García, Manuel. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2. EDERSA, Madrid, 1984. ISBN 84-7130-462-7 - ISBN 84-7130-216-0.

- Albaladejo García, Manuel. "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona". *Revista de derecho privado*. ISSN 0034-7922, nº 89, Mes 1, 2005.

- Albaladejo García, Manuel. *La mejora*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003. ISBN 84-95240-82-3.

- Albaladejo García, Manuel. *Curso de Derecho civil. Sucesiones*. EDISORFER, Madrid, 2008. ISBN 978-848949-388-9.

- Albaladejo García, Manuel. *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Vol. 2º. Bosch, Barcelona, 1977. ISBN 84-7294-103-5.

- Albaladejo García, Manuel. *Sustituciones Hereditarias*. Gráficas Summa, Oviedo, 1956.

- Alegre Alonso, Guillermo. "Naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria". *Revista de derecho civil aragonés*, ISSN 1135-9714, nº 1-2, 1998.

- Allende Salazar, Ángel. “El dualismo en la legislación civil de Vizcaya”. En *Revista General de Legislación y jurisprudencia*. Ed. Facsímil en CELAYA IBARRA, Adrián, *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*. AVD/ZEA, Bilbao, 2007. ISBN: 84-7752-421-1.

- Alonso Lambán, Mariano. "Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa”. *Revista Jurídica de Cataluña*, mayo-agosto de 1961.

- Alpañes Domínguez, Enrique. *La delegación de la facultad de mejorar*. Instituto editorial Reus, Madrid, 1953.

- Álvarez Rubio, Juan-José. “Capítulo III. Del ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca (artículos 8 a 11)”. En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Angoitia Gorostiaga, Víctor. *El usufructo poderoso del Valle de Ayala.* Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1999. ISBN 84-7821-401-1.

- Angulo Laguna, Diego. *Derecho privado de Vizcaya*. Edición facsímil en colección Clásicos de Derecho Vasco. AVD/ZEA, 2006. ISBN84-7752-348-7.

- Areitio (de) y Mendiolea, Darío. *El Fuero, privilegios, franquezas, libertades del M. N. Y M. L. Señorío de Vizcaya*. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1977, ISBN 84-500-1791-2.

- Arregui Gil, José. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol. 1º. EDERSA, Alcobendas, 1998. ISBN 84-7130-216-0 a ISBN 84-7130-920-3.

- Arzanegui Sarricolea, Julián-María. "Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio". *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, 2004, ISSN 1888-0525, núm. extraordinario 1. .

- Astorqui (de) Zabala, Antonio. *Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Álava*. Aranzadi, Bilbao, 1964.

- Asúa González, Clara-Isabel. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco". En María-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.

- Asúa González, Clara-Isabel. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco". En María-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.

- 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-María Bosch editor, Barcelona, 1993. ISBN 84-7698-219-4.

- Asúa González, Clara-Isabel. *Designación de sucesor a través de tercero*. Tecnos, Madrid, 1992. ISBN: 84-309-2258-X.

- Asúa González, Clara-Isabel. "Capítulo XVIII. La ordenación por comisario". En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2.

- Asúa González, Clara-Isabel. "Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco". *Revista Jurídica de Navarra,* ISSN 0213-5795. nº 22, Pamplona, 1996.

- Asúa González, Clara-Isabel. "Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo (raj 2019, 2113)". *Rev. Boliv. de Derecho* Nº 29, ISSN: 2070-8157, enero 2020.

- Asúa González, Clara-Isabel, Gil Rodríguez, Jacinto y Hualde Manso Sánchez, José Javier. "El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma Del País Vasco". *Derecho Privado y Constitución,* ISSN: 1133-8768, nº 2. Enero-Abril 1994. Madrid.

- Asúa González, Clara-Isabel; Galicia Aizpurua, Gorka; Gil Rodríguez, Jacinto; Hualde Manso Sánchez, José Javier; e Imaz Zubiaur Zubiaur, Leire. "Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen". Recuperada de https://www.ehu.eus/documents/1549725/1573708/ESTUDIO+SOBRE+DERECHO+SUCESORIO.pdf.

- Asúa González, Clara-Isabel; Gil Rodríguez, Jacinto y Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. *Dictamen en relación con el «Derecho Civil Guipuzcoano» y en la perspectiva de su "conservación, modificación y desarrollo*. Recuperado de https://www.ehu.eus/documents/1549725/1573708/dictamen.pdf.

- Aycart Orbegozo, José-María. "Visión histórica y actual del derecho consuetudinario guipuzcoano". *Sociedad de Estudios Vascos. Cuaderno de Derecho Azpilkueta, 13* (1998).

- Ayerra Michelena, Kepa. *Derecho civil vasco de Familia*. Aranzadi-Thompon-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN: 978-84-9135-241-9.

- Badenas Carpio, Juan-Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 1998. ISBN 84-8193-992-7.

- Balparda (de) las Herrerias, Gregorio de. *El Fuero de Vizcaya en lo civil: estudio crítico del proyecto de apéndice del Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava / conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales por Gregorio de Balparda* las Herrerias. Bilbao, Imprenta Casa de la Misericordia, 1903. Recuperado de http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/25235.

- Barruetabeña Zenekorta, Maite. *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho Civil del País Vasco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN 9788490334829.

- Bayod López, Carmen. "15. La viudedad". En, Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1.

- Bayod López, Carmen. "Capítulos matrimoniales e instituciones familiares consuetudinarias". En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1.

- Bellod Fernández de Palencia, Elena. "La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003". En Juan-Manuel Abril Campoy, María-Eulalia Amat Llari (coord.) *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Vol. 1. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. ISBN 84-8456-504-1.

- Bellod Fernández de Palencia, Elena . "La fiducia sucesoria aragonesa". En María-Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128.

- Blasco Gascó, Francisco de Paula. *Instituciones de Derecho civil. Sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN 9788491907527.

- Bolás Alfonso, Juan. "El artículo 831 del Código civil. Una norma del siglo XXI". *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, Nº 86-87, 2013.

- Busto Lago, José-Manuel. "Capítulo XII. Derecho de sucesiones II: sucesión paccionada". En José-Manuel Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia.* Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9.

- Busto Lago, José-Manuel. "Capítulo X. Derecho de sucesiones IV. Las legítimas". En José-Manuel busto lago (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9.

- Busto Lago, José-Manuel. "Introducción". En José-Manuel Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier Libros, Barcelona, 2015. ISBN 978-84-15690-68-9.

- 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.

- Calatayud Sierra, Adolfo. "Título IV, De la fiducia sucesoria". *Revista de derecho civil aragonés*, ISSN 1135-9714, Año nº 5, Nº 1, 1999.

- Calduch Gargallo, Manuel. "El usufructo legal de fidelidad en Navarra, naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo". *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, Nº 40, 2005.

- Cámara (de la) Álvarez, Manuel. *La revocación del mandato y del poder*. Instituto editorial Reus, Madrid, 1948.

- Cámara Lapuente, Sergio. "Título XI. Los fiduciarios-comisarios". En Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7.

- Cámara Lapuente, Sergio. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXVII, Vol. 2º. EDERSA, Madrid, 2001, ISBN 84-8494-008-X.

- Cámara Lapuente, Sergio. En Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*. Vol. II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84470-3739-1.

- Cámara Lapuente, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Universidad de Navarra y Dykinson, Madrid, 1996. ISBN: 84-8155-161-1.

- Carballo Fidalgo, Marta. "Capítulo 49. La legítima en Galicia y Navarra". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- Carballo Fidalgo, Marta. "La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego". *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, nº 12, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2005, tomo 1.

- Cardona Guasch, Olga Patricia y Llodrá Grimalt, Francesca. "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear". En María-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.

- Cardona Guasch, Olga Patricia y Llodrá Grimalt, Francesca. "Capítulo 20. La fiducia sucesoria y el heredero distribuidor en el Derecho Civil Balear". En María-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.

- Castán Tobeñas, José . *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1931.

- Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*, *Tomo I, Introducción y parte general*, vol. 2 Ed. Reus, Madrid, 1978. ISBN 84-290-1109-9.

- Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo VI, Sucesiones*, Vol. 2. Ed. Reus, Madrid, 1979. ISBN 84-290-1203-6.

- Castillo Tamarit, José Vicente. "Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya". *Revista de Derecho Notarial*, ISSN 0482-539X, 1981, nº 111.

- Celaya Ibarra, Adrián. *Fuero antiguo de la Merindad de Durango*. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, ISSN 0423-4847, Vol. 46, nº. 2, 1998.

- Celaya Ibarra, Adrián. "Hacia una ley civil vasca". *JADO, Boletín de la AVD-ZEA*, ISSN: 1888-0525, nº extraordinario IV, 2007.

- Celaya Ibarra, Adrián. "Las Legítimas". *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 5, Nº. 12, 2007.

- Celaya Ibarra, Adrián. *Fuero Nuevo de Vizcaya. Edición de Delmas de 1865*. Leopoldo Zugaza, Editor, Durango, 1976, ISBN 84-7406-005-2.

- Celaya Ibarra, Adrián. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díez Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVI. EDERSA, Madrid, 1997. ISBN 84-7110-875-4.

- Celaya Ibarra, Adrián. *Los Fueros de Bizkaia I. Cómo nacieron II. El licenciado Poza y la defensa de la hidalguía*. AVD/ZEA, Bilbao, 2009. ISBN: 978-84-7752-445-9.

- Celaya Ibarra, Adrián. *El Derecho civil de Vizcaya antes del Código civil*. AVD/ZEA, Bilbao, 2007. ISBN: 84-7752-421-1.

- Celaya Ibarra, Adrián. *Vizcaya y su Fuero Civil*. Aranzadi, Pamplona, 1965. ISBN 978-84-7016-021-9.

- Celaya Ibarra, Adrián. "El Testamento por comisario". *Anuario de derecho civil,* ISSN 0210-301X, Vol. 25, Nº 3, 1972.

- Celaya Ibarra, Adrián. *Derecho Foral y Autonómico Vasco*. Tomo I. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989. ISBN 84-785-46-0.

- Celaya Ibarra, Adrián. *Derecho Civil Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. ISBN 84-7485-295-4.

- Cerdá Gimeno, José. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. 2º-A, EDERSA, Madrid, 2000. ISBN 84-7130-321-3.

- Cerdá Gimeno, José. *Costumbres jurídicas en Las Pithiusas*. Dykinson, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-9982-806-0.

- Chalbaud y Errazquin, Luís. *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya*. Edición facsímil en Colección clásicos Derecho Vasco. AVD/ZEA, Bilbao, 2005. ISBN: 84-7752-347-9.

- Cora Guerrero, Juan-Manuel y Gil Caballero, María José. "Del testamento por comisario". En José-Manuel Amigo Vázquez, José Cura Guerreiro, Francisco M. Ordóñez Armán e Ildefonso Sánchez Mera (coord.), *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*. Consejo General del Notariado, 1996. ISBN: 84-87161-78-2.

- 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.

- Díaz Martínez, Ana. "Comentarios al artículo 282 LDCGalicia". En Natalia Álvarez Lata y Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia*. Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2008. ISBN: 9788483557112.

- Díaz Teijeiro, 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.

- Díaz-Ambrona Bardají, María Dolores. *El negocio jurídico "per relationem"* (tesis doctoral). Recuperado de https://eprints.ucm.es/id/eprint/54077/1/5322944870.pdf.

- Díez Picazo y Ponce de León, Luis. *La representación en el Derecho Privado.* Civitas, Madrid, 1979. ISBN: 84-7398-086-7.

- Díez Picazo y Ponce de León, Luis. "Entorno al concepto jurídico de «representación»". *Anuario de Derecho Civil*, 1963.

- Díez Picazo y Ponce de León, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch, Barcelona, 1957.

- Díez Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. III Derecho de cosas. Derecho Inmobiliario y Registral*. Tecnos, Madrid, 1988. ISBN 84-309-1182-0.

- 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.

- Doral García de Pazos, José Antonio. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir), *Comentarios al Código civil y a las Legislaciones Forales*, Tomo VII. EDERSA, Madrid, 1979. ISBN84-7130-2969-ISBN 84-7130-216-0.

- Dors Perez-Peix, Álvaro. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII-Vol.1º. EDERSA, Alcobendas, 1998. ISBN 84-7130-216-0- ISBN 84-7130-920-3.

- Echegaray (de) Corta, Bonifacio. *Derecho Foral Privado*. Biblioteca Vascongada de los Amigos del País. San Sebastián 1950.

- 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 María-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.

- Escolán Remartínez, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna.* Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2013. ISBN: 978-84-9059-052-2.

- Espiñeira Soto, Inmaculada. "Reflexión práctica sobre las siguientes cuestiones que suscita el artículo 831 CC". Recuperado de https://www.notariosyregistradores.com, 2016.

- Farrero Rúa, Ana-Isabel en "Capítulo II. Regímenes económicos matrimoniales". En Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-4703813-8.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús-Javier. *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN 978-84-7752-562-2.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús-Javier. "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco". En *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros.* Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús-Javier. "El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco". *JADO, Boletín de la AVD-ZEA*. ISSN 1888-0525, Año 14, Nº. 27, 2015-2016.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús-Javier. "Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)". En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús-Javier. "Capítulo quinto. Disposiciones comunes a las distintas formas de suceder (artículos 118-124)". En Andrés-María 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.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús-Javier. "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco". *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2018, Nº. 28, 2017.

- Fernández de Bilbao Paz, Jesús Javier. "Sobre la equivalencia de la fiducia del art. 831 CC a las delegaciones sucesorias autonómicas", *Actualidad Civil,* ISSN 0213-7100, n.º 3, 1 de marzo de 2021

- 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.

- Fernández Hierro, José-Manuel. "La reforma del derecho de sucesiones por la Ley 41/2003". *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*. ISSN: 1888-0525, Año V - Extraordinario n° 4 - Bilbao, junio de 2007.

- Fernández-Prida Migoya, Francisco. "La autotutela". En Ignacio Serrano García (coord.), *La protección jurídica del discapacitado. I congreso regional*. Tirant lo Blanch Valencia, 2003, ISBN X4-8512-835-4.

- Ferrer I Riba, Josep. "La ejecución del testamento y el albacezgo". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tomo II Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- Fernández-Sancho Tahoces, Ana-Suyapa. "La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipuzcoa". En *Iura Vasconiae*. ISSN 1699-5376, nº 6, 2009.

- Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*. Marcial Pons, Madrid, 2002. ISBN: 84-7248-944-2.

- Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código civil y en los Derechos civiles autonómicos". En Gorka Galicia (dir.), *Deudas y herencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018. ISBN 978-84-9177-956-8.

- Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. "Capítulo III. Ámbito de aplicación del Derecho Civil 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.

- 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.

- Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. "Capítulo XVI. Sucesión testamentaria en el País Vasco". En Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2.

- Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. "Capítulo XIX. Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones". En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2.

- Galicia Aizpurua, Gorka-Horacio. "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)". *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Nº. 5, 2016.

- García Royo, Luis. *Foralidad civil de las provincias vascongadas*. Editorial S. Católica, Vitoria, 1952.

- García Rubio, María-Paz. "Pactos sucesorios en el Código civil y en la Ley de Derecho de Galicia". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- García Rubio, María-Paz. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar". En *Anuario de Derecho Civil*. ISSN 0210-301X, Vol. 61, Nº 1, 2008.

- García-Granero Fernández, Juan. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXVII, Vol. 1º. EDERSA, Alcobendas, 1998. ISBN 84-7130-216-0- ISBN 84-7130-920-3.

- Garrido de Palma, Víctor-Manuel. "Visión notarial del artículo 831 del Código civil". En *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Volumen III. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977. ISBN 978-8450014167.

- Garrido de Palma, Víctor-Manuel. "El articulo 831 del Código Civil". *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, nº 108-109, 2019.

- Garrido de Palma, Víctor-Manuel. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil". *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, nº 83, 2012.

- Garrido de Palma, Víctor-Manuel. "Los nuevos artículos 831 y 1056,2º del Código civil. Algunas aplicaciones". En J.M. González Porras, F.P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X.

- Garrido Melero, Martín. "Capítulo 3º. La sustitución fideicomisaria y otras instituciones sucesivas". En Víctor Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones*, vol. 1º. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8.

- Gete-Alonso y Calera, María-Carmen. "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña". En María-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.

- Gete-Alonso y Calera, María Carmen. "Capítulo 19. Disposiciones fiduciarias en el Código Civil y Cataluña". En María-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.

- Gil Rodríguez, Jacinto. "Capítulo I del Derecho Foral al Derecho Civil 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.

- Gil Rodríguez, Jacinto. "Capítulo XIV. La posición del viudo y del conviviente supérstite". En Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2.

- Gil Rodríguez, Jacinto. "Capítulo XX. Libertad y fiducia en el Valle de Ayala". En Jacinto Gil (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2.

- Gil Rodríguez, Jacinto. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco". En María-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.

- Gil Rodríguez, Jacinto. "Capítulo 23. Fiducia sucesoria en el País Vasco". En María-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.

- Gil Rodríguez, Jacinto. "Del Derecho Foral al Derecho Civil Vasco". En *JADO, Boletín de la AVD-ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 10, Nº. 21, 2011.

- Gimeno Gómez-Lafuente, Mariano-Javier. "Especialidades Testamentarias: El poder testatorio". En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9.

- Goikolea Martín, Luis-Angel. "Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)". En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Goikolea Martín, Luis-Angel. "Sección cuarta. De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava (Artículos 88 a 95)". En Andrés-María 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.

- Gomeza Villa, Juan Ignacio. "Limitaciones sucesorias (Reservas y reversiones)". En *El Derecho foral vasco tras la reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9.

- González Porras, José-Manuel. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-572-0 a ISBN 84-7130-216-0.

- González San Sebastián, Tatiana y Martínez Llamazares, Juan Carlos. "La práctica actual del poder testatorio". En *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 2, Nº. Extra 1, 2004.

- Granados de Asensio, Diego-María. "Disposición Transitoria Primera. Conflictos intertemporales". En Andrés-María 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.

- Guilarte Zapatero, Guillermo. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1989. ISBN 84-7130-617-4-ISBN 84-7130-216-0.

- Gullón Ballesteros, Antonio. "La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo". *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 17, Nº 3, 1964.

- Herrada Romero, Rafael Ignacio. "Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código civil". En José-Manuel González Porras y Fernando P. Méndez (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 1. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X.

- Herrero Oviedo, Margarita. "Pactos sucesorios en el Código civil y en la ley de Derecho de Galicia". En María-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.

- Hualde Manso Manso, Teresa. "Título XII. De los herederos de confianza". En Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7.

- Imaz Zubiaur Zubiaur, Leyre. *La sucesión paccionada en el derecho civil vasco*. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Barcelona, 2006. ISBN: 84-9768-355-2.

- Imaz Zubiaur Zubiaur, Leyre. "Capítulo XVII. La sucesión paccionada". En Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2.

- Iriarte de Ángel, Francisco de Borja. "La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales". *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 6, 2016.

- Iriarte de Ángel, Francisco de Borja. "Título II. De las sucesiones. Disposiciones preliminares (artículos 17 a 22)". En Andrés-María 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 Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Iriarte de Ángel, Francisco de Borja, "El Tribunal Superior de Justicia de Baleares confirma la aplicación del pacto de definición a un causante extranjero residente en Mallorca". Recuperado de http://www.forulege.com/?atala=bloga_ikusi&id=1653&hizkuntza=1.

- Jado (de) y Ventades, Rodrigo. *Derecho Civil de Vizcaya*. Versión facsímil en colección clásicos Derecho Vasco, AVD/ZEA, 2004. ISBN: 84-7752-383-5.

- Jiménez Gallego, Carlos. *Derecho Civil de las Islas Baleares. Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2019. ISBN: 9788417985233.

- Jiménez Gallego, Carlos. "Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades". *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, ISSN 2254-2515*, nº 14, 2013.

- Jordan de Asso del Río, Ignacio y de Manuel Rodríeguez, Miguel. *El Ordenamiento de Leyes que el Rey D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil treszientos quarenta y ocho*. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-H-1985-10096300963.

- Jordano Barea, Juan-Bautista. "Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria". *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 36, Nº 4, 1983.

- Lacarra Mendiluce, Victoriano. *Instituciones de Derecho Civil Navarro*. Aranzadi y Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1965.

- Lacruz Berdejo, José Luis. En José-Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida (aut.), *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil*, Vol 3º. Bosch, Barcelona, 1984. ISBN 84-7294-169-8.

- Lacruz Berdejo, José Luis. En José-Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho (aut.), *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1971, ISBN 978-84-7294-020-8. Y Tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, ISBN 978-84-7294-021-7.

- Lacruz Berdejo, José Luis. "Cuestiones fundamentales de la viudedad foral Navarra". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 436-437, Septiembre - Octubre 1964.

- Lacruz Berdejo, José-Luis. En José-Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida (aut.), *Elementos de Derecho Civil. V, Derecho de sucesiones*. Bosch, Barcelona 1981. ISBN 84-7294-145-0.

- Ladaria Caldentey, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*. Bosch, Barcelona, 1952.

- Lalinde Abadía Abadía, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*. PPU, Barcelona, 1989. ISBN84-7665-558-4.

- Larrabeiti Astoreka, Miren. "Sección segunda de los pactos de institución sucesoria (Artículos 104 a 109)". En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Latorre Martínez de Baroja, Emilio. "Título IV de la fiducia sucesoria". En José Luis Merino Hernández (coord.), *Manual de derecho sucesorio aragonés*. Sonlibros, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214.

- Latorre Martínez de Baroja, Emilio. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1987. ISBN 84-7130-553-4-84-7130-216-0.

- Lavandera y Blanco, Víctor. "Instituciones Fiduciarias". En *Revista de Derecho Privado* (España) Año X, número 116, abril de 1932.

- Lecanda (de) Mendieta, Manuel. "Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Vizcaya precedido de la memoria sobre las instituciones civiles de aquel país". Versión facsímil en Urrutia Badiola, Andrés-María, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, AVD/ZEA, 2013. ISBN: 978-84-7752-529-3.

- Leizaola Sánchez, Jesús María. *Contribución de los vascos a la formación y a la Ciencia del Derecho*. Tipográfica Leizaola Sánchez. San Sebastián, 1935.

- Lete Achirica, Javier. "Comunidad hereditaria y partición". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128

- Lezón Novoa, Manuel Ricardo. "Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, núm. 216.

- Lledó Yagüe, Francisco. "Capítulo segundo. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera. De la legítima (Artículos 47-57)". En Andrés-María 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.

- Lledó Yagüe, Francisco. "Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (Artículos 58-60)". En Andrés-María 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.

- Lledó Yagüe, Francisco. "Epílogo. Algunas referencias notables en el nuevo Derecho Civil Vasco". En Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Lledó Yagüe, Francisco. *Derecho de Sucesiones*, Vol. 2.2ª parte. Universidad de Deusto, Bilbao, 1990. ISBN 84-7485-189-0.

- Llodrá Grimalt, Francesca. "El heredero distribuidor". En María Pilar Ferrer Vanrell (coord.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2003, ISBN: 84-7632-666-1.

- Llodrá Grimalt, Francesca. "Capítulo 48. La legítima y la definittio en las Islas Baleares". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- Llodrá Grimalt, Francesca. "La regulación del heredero distribuidor en la Compilación de Derecho Civil Balear de 1990". *Revista jurídica de les Illes Balears*, ISSN 1697-1272, Nº. 7, 2009.

- López Azcona, Laura. "Las parejas estables no casadas". En María-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.

- López Beltrán de Heredia, Carmen. "El artículo 831 del Código civil". *Anuario de derecho civil*, Vol. 58, Nº 3, 2005. ISSN 0210-301X.

- López Pardiñas, Manuel. "El fenómeno sucesorio en la Ley civil vasca". En *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Nº. Extra 4, 2007.

- Luquín Bergareche, Raquel. "Pactos sucesorios en Navarra". En María-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.

- Madariaga (de) Azcuenaga, Ramón. *El Derecho Foral de Vizcaya en relación con la organización familiar*. Tipografía del Norte, Bilbao, 1932.

- Madriñán Vázquez, Marta. "Capítulo 4. Fases de adquisición". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Vol. I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2016. ISBN 978-84-9135-9128.

- Manresa y Navarro, José-María. *Comentarios al Código civil español*. Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación, 1896.

- 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*, ISSN 1888-0525, Año 2, Nº. Extra 1, 2004.

- Marín Lázaro, Rafael. "La partición de la herencia hecha por actos «inter vivos». En *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, nº 2, septiembre de 1944.

- Martín Osante, Luis-Carlos. *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno*. Marcial Pons, Madrid, 1996. ISBN 84-7248-381-9.

- Martínez de Butrón Martínez, Mario. "Sección tercera. De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24 a 29)". En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- 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-Angel Torres Lana (dir.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. 1. Civitas, Madrid, 2014. ISBN 978-84-9085-182-1.

- Martínez-Cortés Gimeno, Miguel-Ángel. *La fiducia sucesoria aragonesa*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. ISBN 978-84-89510-95-1.

- Merino Hernández, José-Luis. *La fiducia sucesoria en Aragón*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994. ISBN 84-8040-003-X.

- Mezquita del Cacho, José-Luis. “Libro II de las donaciones y sucesiones. Título I. Principios fundamentales”. En Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7.

- Mezquita García-Granero, María-Dolores. “Título VIII de las sustituciones”. En Enrique Rubio Torrano (dir.) y María Luisa Arcos Vieira (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7.

- 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.

- Monasterio Azpiri, Icíar. “Capítulo III. De los pactos sucesorios. Sección Primera. Disposiciones generales (Artículos 100 a 103). En Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Monasterio Azpiri, Icíar. “Capítulo III. De los pactos sucesorios. Sección primera, disposiciones generales”. En Andrés-María 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 formulario notarial.* AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Monasterio Azpiri, Icíar. “Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 3/1992”. En *Derecho Civil Foral Vasco*. CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0.

- Monasterio Azpiri, Icíar. *Selección de procesos civiles ante los Tribunales de Bizkaia (1635-1834)*. Gobierno Vasco y Universidad de Deusto, Bilbao, 2002. ISBN: 9788445717370.

- Monje Balmaseda, Óscar. “Capítulo Segundo. Del régimen de comunicación foral de bienes. Sección primera, de la comunicación foral de bienes (Artículos 129-139)”. En Andrés-María 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.

- Monje Balmaseda, Óscar. *La Herencia Yacente*. Dykinson, Madrid, 2001. ISBN 84-8155-735-8.

- Monje Balmaseda, Óscar y Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa. “La Administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español”. *Ética y jurisprudencia*. ISSN 1690-6330, n° 3/2004.

- Monlau, Pedro Felipe. *Diccionario etimológico de la lengua castellana: (ensayo) precedido de unos rudimentos de etimología*. Recuperado de https://bibliotecadigital.jcyl.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=31868.

- Monreal Zia, Gregorio. "Codificación civil y legislación foral de Bizkaia". *Anuario de historia del derecho español*. ISSN 0304-4319, tomo LXXXII, 2013.

- Monreal Zia, Gregorio. "Los Cuerpos de Derecho de las Encartaciones de Bizkaia". En *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*. ISSN 1699-5376, nº 5, 2008. San Sebastián.

- Nanclares Valle, Javier. "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra". En María-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.

- Nanclares Valle, Javier. "Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra". En María-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.

- Navajas Laporte, Álvaro. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Versión facsímil. AVD/ZEA, 2009. ISBN 978-84-7752-455-6.

- Núñez Iglesias, Álvaro. *El testamento por* comisario. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991. ISBN: 84-404-9869-1.

- Oñate Cuadros, Francisco-Javier. "Abran paso a la libertad civil (II)". *Egiunea, Revista Notarial del País Vasco*, nº 7, agosto-octubre 2020. Bilbao, 2020.

- Oñate Cuadros, Francisco-Javier. Sus alegaciones recogidas por la RDGRN de 18-12-2019. «BOE» núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24764.

- Oñate Cuadros, Francisco-Javier. "Capítulo tercero. De los pactos sucesorios. Sección primera Disposiciones Generales (Artículos 100-103)". En Andrés-María 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.

- Oñate Cuadros, Francisco-Javier. "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)". En Andrés-María 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.

- Orella Unzué, José-Luis. "La Hermandad de Vizcaya (1320-1498)". En *Congreso de Estudios Históricos Vizcaya en la Edad Media*, 1986, ISBN 84-86240-35-2.

- Osés Abando, Josu. “Autogobierno y Derecho Civil Vasco: el rol del Parlamento Vasco”. 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.

- Parra Lucán, María-Ángeles. "Capítulo 51 Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa”. En María-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.

- Parra Lucán, María-Ángeles. “La fiducia sucesoria”. En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN 978-84-92606-22-1.

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

- 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.

- Pérez Martín, Antonio. “Mandato y representación en el derecho histórico”. *Anales de Derecho* ISSN 1989-5992, nº 12. Universidad de Murcia, 1994.

- Pérez Martín, Antonio (ed.). *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*. Copia facsímil del Códice del Escorial. Edición de Antonio Pérez Martín. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7_FUERO_REAL_DE_ALFONSO_X_EL_SABIO&tipo=L&modo=1

- Pérez Velázquez, Juan Pablo. "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción". En *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 72, Nº 4, 2019.

- Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús. En José-Luis Seoane (dir.), *La división judicial de patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ, Madrid, 2004. ISBN 84-96228-47-9.

- Piñol Olaeta, Elixabete y Paramio Junquera, Nieves. “Disposiciones adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final”. En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Plaza (de la) y Salazar, Carlos. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil (1899)*. Versión facsímil en Colección clásicos Derecho Vasco. AVD/ZEA, Bilbao, 2006. ISBN: 84-7752-383-5.

- Pozo (del) Carrascosa, Pedro. “Capítulo 34. Pactos sucesorios en Cataluña”. En María-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.

- Pozo (del) 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.

- Puig Blanes, Francisco de Paula. "Capítulo IV. Disposiciones fiduciarias". En Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-470-3812-1.

- Puig Blanes, Francisco de Paula. "Capítulo VI. Los fideicomisos". En Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-470-3812-1.

- Puig Blanes, Francisco de Paula. “Libro cuarto, Tit. III. Sucesión contractual y donaciones por causa de muerte”. En Francisco Puig Blanes y Francisco-José Sospedra Navas (coord.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Pamplona, 2011. ISBN 978-84-470-3812-1.

- Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V, Vol.III*. Bosch, Barcelona, 1977: ISBN: 8471625199, 9788471625199.

- Puig Ferriol, Luis. *El albaceazgo*. Bosch, Barcelona, 1967.

- Puig Ferriol, Luis. “Las herencias de confianza en la Compilación”. En *Revista jurídica de Cataluña*. Año LXII, nº 2, Barcelona, 1963.

- Puig Ferriol, Luis. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXVIII, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1982. ISBN 84-7130-365-5-84-7130-216-0.

- Puig Ferriol, Luis. “Capítol XI. Disposicions fiduciaries”. En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3.

- Puig Ferriol, Luis. “Capítol XXI. Els pactes sucesories”. En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Succession*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3.

- Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español.* Tomo I. *Sucesiones*. Vol. I, *Teoría general de sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

- Quadra (de la) Salcedo, Fernando. *Fuero de las M. N. y L. Encartaciones*. Edición facsímil en Colección de Derecho Vasco, AVD/ZEA, 2007. ISBN 84-7752-426-2.

- Rams Albesa, Joaquín. *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*. Dykinson, Madrid, 2004. ISBN 84-9772-323-6.

- Real Sociedad Bascongada de Amigos del País. *Primer Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Vasco*. RSBAP, Bilbao, 2000. ISBN 84-89689-10-5.

- 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.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf.

- Rentería Arocena, Alfonso. "La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: los conflictos de leyes y el certificado sucesorio". En *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Parlamento Vasco y RSBAP, Vitoria-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3.

- Rivas Martínez, Juan-José. *Derecho de sucesiones Común y Foral*, Tomo II. Dykinson, Madrid, 2009. ISBN 978-84-9849-426-6.

- 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.

- 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 Porras y Fernando P. Méndez (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2. Universidad de Murcia, Murcia 2004, ISBN 84-8371-521-X.

- Roca Sastre, Ramón María. "L'heretament fiduciari al Pallars Sobirá". En *Estudios sobre sucesiones*, Tomo II Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2.

- Roca Sastre, Ramón-María. *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1948.

- Roca Sastre, Ramón-María. *Estudios de derecho privado, Tomo II. Sucesiones*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

- Roca Sastre, Ramón-María. *Estudios de Derecho Privado. Tomo II, sucesiones*. Aranzadi, Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2009. ISBN 978-84-9903-172-9.

- Roca Sastre, Ramón-María. *Estudios sobre sucesiones*. Instituto de España, Madrid, 1981. ISBN 84-8559-14-2.

- Roca Trías, Encarnación. "Capítol XXIV. "Llegítimes". En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3.

- Roca-Sastre Muncunill, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1994. ISBN 978-84-7676-267-7.

- Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. "Efectos de la partición «inter vivos» que regula el artículo 1056 del Código civil". *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, nº 3, marzo de 1952.

- Rueda Díaz de Rábago, Manuel. "El Fuero de Ayala". En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9.

- Rueda Esteban, José-Luis. "Capítulo 4.Parte Quinta: Artículo 831 del Código civil". En Víctor Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. Sucesiones, vol. 1º. Consejo General del Notariado y Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN: 978-84-9098-701-8.

- Rueda Esteban, Luis. *La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges* (tesis doctoral) Recuperada de: https://eprints.ucm.es/id/eprint/25055/1/T35282.pdf.

- Sagarmínaga (de) y Epalza, Fidel. *Memorias Históricas de Vizcaya*. Juan E. Delmas, 1880.

- Salazar Izaguirre, Jon-Joseba. *El fuero de Ayala-Aiarako Forua*. Recuperado de: http://www.forulege.com/dokumentuak/Aiarako%20Forua-Fuero%20de%20Ayala.pdf.

- Salinas Quijada, Francisco. *Compendio de Derecho Civil Navarro*. Gobierno de Navarra, Pamplona, 1991. ISBN 84-235-1.028-X.

- Sánchez Calero, Francisco-Javier y otros. En Sánchez Calero, Francisco-Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil, III, Derechos reales y registral inmobiliario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. ISBN 978-84-9876-284-6.

- Sánchez Collado, María Elena. "La exclusión del principio mandatum morte dissolvitur en el derecho romano y en la tradición jurídica española". En *Revista de estudios histórico-jurídicos*, ISSN 0716-5455, nº 39. Valparaíso, agosto 2017.

- Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho civil. Tomo 6º, derecho de sucesión "mortis causa"*, Vol. 1º. Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1910.

- Sánchez-Rubio García, Alfredo. "23. La legítima". En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-92606-22-1.

- Sapena Tomás, Joaquín. "Fiducia conyugal y paternal (El artículo 831 del Código Civil)". *Publicaciones de la Real Academia Valenciana de* jurisprudencia *y Legislación*, cuaderno nº 77, 2010. ISBN exento.

- 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, Nº 75, 2005.

- Seco Caro, Enrique. *Partición y mejoras encomendados al cónyuge*. Bosch, Barcelona, 1960.

- Seisdedos Muino Ana. "El derecho de saca en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco". *Revista Jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, núm. 19, 1995 Pamplona.

- Serrano García, José Antonio. "Capítulo 46. La legítima en Aragón". En María-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.

- Serrano García, José Antonio. "Derecho civil de Aragón: presente y futuro". En *Revista Jurídica de Navarra*. ISSN 0213-5795. Julio-Diciembre 2008, nº 46.

- Solano (de) y Polanco, José. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya.* Edición facsímil en Colección clásicos Derecho Vasco. AVD/ZEA, Bilbao, 2005. ISBN: 84-7752-346-0.

- Solé Resina, Judith. "Capítulo 10. Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código Civil y en el Código Civil de Cataluña". En María-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.

- Solé Resina, Judith. "Capítulo 23. El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña". En María-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.

- 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.

- Tena Piazuelo, Isaac. "Sección Tercera. De la por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24-29)". En Andrés-María 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.

- Torres García, Teodora F. y Domínguez Luelmo, Andrés. "Capítulo 45. La legítima en el Código civil (II)". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- Torres Lana, José-Ángel. "El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa". En *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, Nº 37, 2004.

- Uriarte (de) Lebario, Luis-María *El Fuero de Ayala*. Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1974. ISBN 500-6434-8.

- Uriarte (de) Zulueta, Manuel-María "El Fuero de Ayala". En *Derecho Civil Foral Vasco.* CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0.

- Uriarte (de) Zulueta, Manuel-María *El Fuero de Ayala. Su regulación en la Ley de Derecho Civil del País Vasco*. Zárate y asociados, Vitoria, 1996. Sin ISBN.

- Uriarte (de) Zulueta, Manuel-María "Consecuencias en Álava de la Reforma del Derecho Ayalés y Vizcaíno". *Azpilcueta, cuadernos de Derecho*, ISSN 1138-8552, San Sebastián, 1998.

- Urrutia Badiola, Andrés-María "Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas". En *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Nº. Extra 4, 2007.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. "Testamentificación en la Ley Civil Vasca". En *JADO, Boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Nº. Extra 4, 2007.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*. AVD/ZEA, Bilbao, 2013. ISBN: 978-84-7752-529-3.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. *Diccionario Terminológico de Derecho Civil Foral Vasco*. AVD/ZEA, Bilbao, 2014. ISBN: 978-84-7752-563-9.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. "La sucesión mortis causa en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vascoy 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-Gasteiz, 2016. ISBN: 978-84-939774-4-3.

- 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.

- Urrutia Badiola, Andrés-María, y otros. En, Andrés-María Urrutia Badiola (dir./coord.)-, *Praxis de Derecho Civil Vasco*. AVD/ZEA y GOMYLEX, Bilbao, 2018. ISBN 978-84-17279-00-4.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. "Sección cuarta. De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)". En Andrés-María Urrutia Badiola, Óscar Monje y Francisco Lledó (dir.) y Andrés-María Urrutia Badiola (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.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. "Sección segunda. Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (Artículos 58 a 60)". En Andrés-María 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 formulario notarial*. AVD/ZEA y Dikinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2.

- Urrutia Badiola, Andrés-María. "Reservas y reversiones en el Derecho foral vasco". En *Derecho civil foral vasco*. CGPJ y Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995. ISBN 84-88577-06-0.

- Urrutia Badiola, Andrés-María "Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco", en *JADO, boletín de la AVD/ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 14, nº 27, 2015-2016

- Vallet de Goytisolo, Juan. *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1982. ISBN: 84-7398-219-3.

- Vallet de Goytisolo, Juan. *Limitaciones de Derecho sucesorio a la libertad de disponer. Tomo I, las legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974. ISBN 84-500-6541-0.

- Vallet de Goytisolo, Juan. En Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XI. EDERSA, 1982. ISBN 84-7130-360-4-ISBN 847130-216-0.

- Valverde Lamsfus, María-Dolores. "La transmisión de la herencia en Gipuzkoa durante la Edad Moderna: problemas, estrategias y consecuencias". En *Iura Vasconiae*, ISSN: 1699-5376, nº 10, San Sebastián, 2013.

- Vaquer Aloy, Antoni. "Capítulo 47. La legítima en Cataluña". En María-Carmen Gete-Alonso y (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- Vázquez Lemos, Ana. *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar* (Tesis doctoral). Recuperado de http://www.investigo.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1039/Fundamentos_hist%c3%b3ricos_jur%c3%addicos_de_la_libertad_de_testar.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- Velázquez Vioque, Sandra. *La mejora en el Código civil español*. Dikynson, Madrid, 2003. ISBN: 84-9772-115-2.

- Verdera Izquierdo, Beatriz. "Capítulo 55 reservas hereditarias". En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones.* Tomo II. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0.

- Verger Garau, Juan. En Manuel Albaladejo García y Sílvia Díaz Alabart (dir.): *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, Vol. 1º. EDERSA, Madrid, 1980. ISBN 84-7130-320-5.

- Vicario de la Peña, Nicolás. *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*. Recuperado de http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/25157.

- Zubiri de Salinas, Fernando. "Comentario a los arts. 110 a 118 de la Compilación (De la fiducia sucesoria)". En José-Luis Lacruz Berdejo 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.