

El testamento por comisario

ADRIAN CELAYA IBARRA

Juez Municipal
Profesor de la Universidad de Deusto

Una de las más típicas instituciones del Derecho Foral de Vizcaya es el llamado poder testatorio, mediante el cual una persona faculta a otra para que otorgue testamento después de su muerte. Es también esta institución una de las más importantes discrepancias entre el Derecho Foral y el Código Civil, ya que éste no solamente no la admite, sino que la repudia en términos categóricos como contraria a los más elementales principios científicos.

Sin embargo, el poder para testar es un medio oportuno y eficaz para resolver múltiples situaciones que el testador es incapaz de prever, y sobre todo para reforzar la posición del cónyuge sobreviviente frente a los herederos del premuerto.

A poco que se profundice en las leyes forales se llega a la conclusión de que el poder testatorio es en ellas una pieza clave, y que en cualquier intento de reforma, sobre todo con vistas a la deseada unificación del Derecho español, podremos renunciar a otro tipo de leyes, incluso las de troncalidad y saca foral, pero el poder testatorio debe ser conservado, so pena de desnaturalizar nuestro viejo sentido del Derecho y arrancar de raíz las tradiciones más antiguas y queridas.

Faltan hoy estudios profundos sobre el particular, por lo que nuestro propósito en estas notas es el de hacer un ensayo sobre la esencia y fundamento de tan arraigada institución. Nos exponemos a sentar conclusiones discutibles, pero todo queda justificado si sirve para suscitar estudios más profundos.

Concepto del testamento por comisario.

Según Sánchez Román, el testamento por comisario es el otorgado por una persona a nombre de otra, en virtud del poder que ésta le confiere.

Esta definición nos parece incompleta, al menos por lo que atañe a Vizcaya, porque omite declarar que este testamento solamente puede otorgarse después de la muerte del comitente. Es verdad que la Compilación de 1959, en su art. 15, olvida decir que los comisarios sólo pueden actuar después de la muerte del testador; pero el Fuero en su ley 3.^a, título XXI, no lo olvidaba y declaraba que el poder se

daba para hacer testamento “fallecido el que había de testar”. Y pese al silencio del citado art. 15 hay que entender que lo mismo ocurre en la Compilación vigente, si se interpreta correctamente lo que dispone el art. 19 respecto al plazo.

Podemos, por ello, rectificar la definición de Sánchez Román para decir que 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.

El testamento por comisario se funda en un otorgamiento anterior, el llamado poder testatorio. Poder testatorio es el otorgado a favor de una persona para que disponga de los bienes del poderdante después de la muerte. El testamento por comisario es el otorgado haciendo uso del poder testatorio.

La prohibición del Derecho Común.

Frente a los foralistas que defendieron, acaso con razones más sentimentales que jurídicas, los poderes testatorios, el Código Civil rompe categóricamente con esta institución al declarar en el art. 670 que “el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Por excepción, el art. 671 establece que “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”.

Podemos decir, siguiendo a Puig Peña (1), que el C. C. prohíbe dejar a un tercero:

a) La confección del testamento. Como posibles excepciones encontramos en el texto legal:

1. La sustitución pupilar y ejemplar (arts. 775 y 777), que no rompen la regla por su carácter extraordinario y por tener su origen no en la voluntad delegada del testador, sino en la ley misma.

2. El art. 831, conforme al cual “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”. Esta es, evidentemente, la excepción más notoria a la prohibición de delegar la facultad de testar. Pero téngase en cuenta que esta norma está condicionada a una serie de supuestos: que se otorgue el pacto en capitulaciones; que muera intestado uno de los cónyuges; que el viudo no contraiga nuevas nupcias;

(1) FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, pág. 203.

que la distribución se limite a los hijos y en los dos tercios de la legítima, y que no perjudique las legítimas ni las mejoras hechas en vida por el testador.

b) La vida del testamento. “Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios...”

c) La facultad distributiva. Tampoco se le puede dejar “la designación de las porciones en que hayan de suceder” cuando los herederos sean instituidos nominalmente (art. 670, p. 2.º).

El precepto del art. 671 debe ser considerado, añade Puig Peña, “no como una rotunda excepción de lo dispuesto en el art. 670 en el sentido de aceptar un ‘arbitrium merae voluntatis’ en la distribución, sino como una regla interpretativa del pensamiento finalístico (familiar o filantrópico) del causante. Por ello entendemos que si el testador concreta una clase de parientes, como mis sobrinos, mis hijos, etc., no puede el albacea, apoyándose en este precepto, dar a uno más que a otro, pues sería poner en juego una facultad de mejorar prohibida terminantemente por el art. 830 C. C. Es preciso, pues, que el testador haga una referencia general ‘a los parientes’, los pobres, los establecimientos de beneficencia, etc... y entonces... puede entrar en juego el artículo que comentamos...”.

Pero todas estas excepciones, aplicables en casos muy precisos y limitados, y que propiamente no afectan a la facultad de testar, no rompen la regla general rigurosamente prohibitiva del Código Civil, que repudia el testamento por comisario. Porque, como dice García Royo, “el cargo de comisario se refiere a la formación del testamento, no a la ejecución”.

Contrasta esta postura del Código Civil con la de las legislaciones forales, que, como en seguida veremos, admitieron en mayor o menor grado la figura jurídica del testamento por poder.

Naturaleza jurídica de esta institución.

Según las distintas concepciones y el diferente desarrollo de la legislación positiva, los poderes testatorios pueden tener distinta naturaleza jurídica:

A) Puede entenderse que el comisario es un simple portador de la voluntad del testador, obligado a transmitirla a los herederos. Su función única consistiría en recibir el encargo del causante y manifestarlo en el momento oportuno; el testamento lo hizo ya el causante, por lo que el comisario no testa, sino que simplemente mantiene en reserva la declaración que se le hizo privadamente, hasta que llegue el momento de hacerla pública.

Esto sucede con la llamada herencia de confianza, que, según el art. 118 de la Compilación de Cataluña, consiste en instituir herederos o legatarios para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente el testador.

B) Pero éste no es el caso de los poderes para testar en Aragón y en Vizcaya, pues en ellos se encomienda al comisario que designe

libremente al heredero, precisamente porque el testador no se halla en condiciones de hacer una elección acertada. "Así, dice Roca Sastre (2), cuando el padre o madre, titulares del patrimonio, fallecen dejando hijos de corta edad, se evita que el título de heredero único recaiga ciegamente en un hijo que, por ser de corta edad, no se sabe si tendrá la idoneidad suficiente para regir la casa, ya que para ello son insuficientes las normas legales sobre testamentifacción pasiva; se requieren dotes especiales. Por ello, para prevenir tal evento, se faculta al cónyuge para que, en su día, elija, y en defecto de esta elección, dicha facultad se concede a los más próximos parientes."

"La persona con derecho a elegir, añade Roca, tiene una titularidad de disposición. Tiene un derecho a influir en la esfera jurídica ajena de un modo semejante al derecho de presentación en los patronatos activos. La característica de esta titularidad es que no atribuye provecho económico. El elector tiene interés, pero este interés es de índole puramente familiar, amical o de afección, en plena consonancia con el carácter de confianza que preside la figura jurídica."

Un verdadero problema que se presenta en estos casos, y al que también alude Roca, es que mientras el comisario no utiliza su facultad de elegir los bienes se encuentran en una situación de incertidumbre, porque los herederos no son conocidos ni pueden serlo hasta que el poder de testar sea utilizado.

En el supuesto anterior, A), el heredero de confianza se limita a transmitir la voluntad que le fue comunicada por el causante, mientras que en el poder testatorio el comisario es él mismo quien dispone, es un *delegado para testar*.

C) Posiblemente, la mayor parte de los tratadistas entenderán que el poder testatorio en Vizcaya no es otra cosa que lo que acabamos de exponer, una delegación de la voluntad del testador, y acaso los textos legales favorezcan esta interpretación, pero la costumbre inmemorial configura la institución de otra manera y le da un contenido mucho más amplio.

"El espíritu del pueblo vizcaíno, dice García Royo, con una constancia impresionante por el acervo de la experiencia y el continuo contraste de la manera de pensar que refleja a través de la institución del comisariado, tiende a la configuración en el viudo comisario de un usufructo vitalicio y universal de todo el patrimonio relicto, sin inventario, sin fianza ni rendición de cuentas. Es una constante raras veces excepcionada en la tierra llana de Vizcaya la que se manifiesta en el viudo como usufructuario poderoso, universal, sin limitación de las facultades ni en extensión ni en duración, que suele ser indefinida por expresa prórroga" (3).

En la institución del comisariado, dice más adelante el mismo au-

(2) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 106.

(3) LUIS GARCÍA ROYO: *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, II, página 295.

tor (4), hay un aspecto de forma y otro de fondo. El acto jurídico solemnizado va más lejos que la exteriorización.

Formalmente es una simple delegación de la facultad de testar, pero en el fondo se trata de conceder al viudo una situación de privilegio, mediante la cual no solamente hace suya la mitad de los bienes comunicados, sino que administra y usufructúa la otra mitad, destinada a los herederos legítimos, respecto de la cual puede ser considerado como un verdadero "titular fiduciario de disposición". Esta situación sólo se rompe por su propia voluntad al otorgar testamento en nombre del causante.

La técnica seguida en Vizcaya al interpretar y aplicar nuestro Fuero ha sido excesivamente legalista, atendida al texto literal de los preceptos positivos. No ha tenido en cuenta el uso universal, la costumbre que avasalladoramente se impone por encima de la letra, y así, en lugar de tratar de penetrar en la esencia de las instituciones, se las ha tomado superficialmente para encajarlas en los esquemas prefabricados del Derecho romanizado.

El hecho cierto, no obstante, es que el poder testatorio entre cónyuges se ha considerado en el pueblo como un medio de asignar facultades amplísimas al sobreviviente. La prórroga indefinida de los poderes era la llave que cerraba y completaba la institución, y, pese a la jurisprudencia contraria, sigue manteniéndose en el uso.

Hemos de puntualizar, no obstante, que este significado de los poderes testatorios solamente podemos atribuirlo al que se confiere entre cónyuges, ciertamente el más usual en Vizcaya, aunque el Fuero, y hoy la Compilación, regulan la institución con gran amplitud, admitiendo incluso el nombramiento de comisario a favor de extraños. Tratándose de comisario que no es el cónyuge, su poder hay que considerarlo como una delegación para testar.

Origen de la institución.

Según García Royo (*l. c.*, pág. 290), la finalidad del poder testatorio es la del "Treuhänder", como medio de transmisión mortis causa del Derecho germánico. Aparece con la afatomía en la "Lex salica" y en la "Lex Alamannorum", que constaba: *a*), de la tradición de bienes al fiduciario en forma simbólica; *b*), la realización de actos posesorios en "sessio triduana".

Manresa (*Comentarios al Código Civil*, tomo V, pág. 397, 5.^a edición) atribuye su origen a la institución de los mayorazgos familiares; pero es lo cierto que el mayorazgo es una forma de vinculación que no tiene que ver con la troncalidad, antes bien es una deformación de la misma. Además, el poder testatorio faculta para disponer de bienes troncales y no troncales.

Según Mucius Scaevola, que cita a Caravantes (*Comentarios al Código Civil*, tomo XII, pág. 193), el origen de esta institución se halla en una Decretal de Inocencio III. También Roca Sastre encuentra la

(4) *Idem*, pág. 306.

raíz de la institución en esta Decretal, dictada a petición del obispo Altisidorensi, quien gozaba del "ius spoli", derecho sobre los bienes de los clérigos que morían intestados. El texto dice: "Que extremam voluntatem in alterium dispositionem committit, non videtur decedere intestatus", el cual, en la versión romanceada de dicha célebre compilación raimundiana, se expresa así: "Dize aquí que aquel non muere sin manda el qual pone su voluntad en Dios e su muerte en ordenamiento doltri" (Ramón María Roca Sastre, *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 101).

Parece dudoso que las especialidades forales tengan origen romano o canónico; más bien hay que atribuir las al fondo consuetudinario popular, y acaso a un antiguo tronco germánico.

Evolución.

El más antiguo precedente castellano de los poderes para testar lo encontramos en el Fuero Real (ley 7.^a, título V, libro III), en el que se dice que "si alguno no quiere o no pudiere por sí ordenar la manda que ficiere de sus cosas, e diese su poder a otro... puédalo facer é lo que él ordenare o diere, vala, así como si lo ordenare aquel a quien dió el poder".

En las Partidas estos poderes se prohíben terminantemente. La ley 11, título III, de la Partida 6.^a, bajo el epígrafe de "Cómo el testador debe nombrar por sí mismo a aquel que establece por heredero et non ponerlo en alvedrio dotri", dice que "declarar debe et nombrar el facedor del testamento por si mesmo el nombre de aquel que establece por heredero; ca si otorgare poder a otro que lo estableciese en su lugar non valdria... et esto es porque el establecimiento del heredero et de las mandas non debe ser puesto en alvedrio de otro".

Las leyes de Toro, en cambio, regulan detalladamente el testamento por comisario, al que se dedican las leyes 31 a 39. No obstante, su punto de partida es de recelo hacia la institución, porque advierte que los comisarios "hacen muchos fraudes y engaños con los tales poderes". Pese a ello, estas leyes ha venido siendo alegadas y utilizadas en los Tribunales para suplir las lagunas de la ley foral en Vizcaya.

El Código Civil, como ya hemos visto, prohíbe el testamento por comisario, pero conservando el régimen jurídico escrito o consuetudinario de las regiones forales (art. 12), por lo que en estas regiones subsiste con arreglo a la legislación tradicional.

Legislaciones forales.

A diferencia del Código Civil, casi todas las regiones forales admiten en mayor o menor grado los poderes para testar. Examinemos el Derecho propio de cada una de estas regiones:

Cataluña.

El Derecho romano declaraba nula la institución de herederos dejada al arbitrio de otra persona; pero la costumbre introdujo el testamento de confianza. La sentencia de 12 de noviembre de 1897 reco-

noce validez al testamento en que el marido instituye heredera a su mujer con la facultad de distribuir los bienes entre los hijos comunes.

La Compilación de 21 de julio de 1960 en los arts. 118 a 121 regula la institución de herederos o designación de legatarios de confianza "para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente el testador de palabra o por escrito" (art. 118). No es esto propiamente un testamento por comisario, pues el heredero o legatario no destina libremente los bienes, sino que se atiene a las instrucciones recibidas; pero hay que reconocer que en la práctica produce algunos efectos similares. Este tipo de institución presenta el peligro de que no existe garantía alguna de que se cumpla fielmente la oculta voluntad del causante, y, por otra parte, el comisario es designado heredero y percibe una remuneración que también suscita problemas.

Más próximas al poder testatorio se encuentran otras dos instituciones que también recoge la Compilación:

1. La costumbre existente en Pallars Sobirà o en otras comarcas donde el testador puede instituir heredero a aquel de sus hijos que elijan los dos parientes más próximos (art. 116).

Esta costumbre tiene gran parentesco con las peculiaridades forales de Vizcaya, Aragón y Navarra, pues "la elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes legítimos del causante que los dos parientes estimen ser el más apto para regir la casa".

Es idéntica la finalidad del testamento por comisario en Vizcaya, pues se da para que pueda ser elegido el más idóneo para gobernar el caserío. Combinado con la libertad de testar evita la división de la hacienda rural y asegura su mejor explotación.

2. El precepto del art. 115 de la Compilación establece una posible delegación para testar, pues "el cónyuge podrá instituir heredero al hijo que su consorte sobreviviente elija entre los hijos comunes, o instituir a éstos en las partes iguales o desiguales que el cónyuge sobreviviente estime conveniente". También este precepto cumple la función de los poderes testatorios de Vizcaya en los casos más normales, esto es, entre marido y mujer y habiendo hijos.

Aragón.

En Aragón, el testamento por comisario no estaba regulado en los Fueros, pero al amparo de la Observancia 6.^a ("De confessis"), que permite a los cónyuges pactar lo que crean más conveniente, la costumbre introdujo el pacto por el que los esposos se nombran comisarios con facultad para que el sobreviviente disponga de los bienes entre los hijos.

La institución fue recogida en el Apéndice foral, cuyo art. 29 dice: "El testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, que a modo de fiduciario comisario ordene y regule la sucesión de aquél, elija el heredero o los herederos y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley, ora dentro de los

límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios: al Derecho natural.”

Y la Compilación vigente dedica su título IV a lo que llama “fiducia sucesoria”. Comprende los arts. 110 a 118. En el 110 se establece la fiducia entre cónyuges: “Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.”

El art. 114 admite que la fiducia para ordenar la sucesión de la casa pueda encomendarse “a dos o más parientes, no pudiendo excluirse al cónyuge sobreviviente mientras permanezca viudo”.

Navarra.

En Navarra también existe la institución de los “fiduciarios-comisarios sucesorios” (*Recopilación privada del Derecho Privado Foral de Navarra*, título XI, Pamplona, 1967).

La sentencia de 30 de octubre de 1944 declaró la validez de los testamentos de confianza. Y en la *Recopilación privada* que hemos citado se dedican a este tema las leyes 240 a 247. La ley 240 dice:

“Para el caso de fallecer el causante sin ordenar su sucesión, en todo o parte, por testamento, capitulaciones u otra escritura pública, podrá delegar en un fiduciario-comisario las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título. La delegación podrá conferirse al cónyuge u otra persona individual, conjunta o subsidiariamente; cuando se hubiere conferido genéricamente a parientes se entenderá a los Parientes Mayores.”

Y la ley 246 amplía las facultades de los comisarios con ciertos derechos de goce:

“Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o 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” (5).

Baleares.

El art. 77 de la Compilación dice:

“El testador podrá encomendar a su consorte la distribución de los bienes de su herencia entre los hijos comunes, libremente o con las limitaciones que establezca.”

En este precepto la posibilidad de ser nombrado comisario queda limitada: a), en cuanto a la persona del comisario, pues solamente puede ser designado el cónyuge; b), en cuanto al orden de herederos, ya que el poder únicamente alcanza a designarlo entre los hijos.

Pero tenemos también una figura jurídica similar al comisario y

(5) Y en el anteproyecto de Compilación sometido a información pública se reproducen estos preceptos, incluso ampliando y mejorando la regulación en las leyes 281 a 288.

Además se regula la herencia de confianza (leyes 289 a 295).

con ámbito más amplio que la recogida en el artículo transcrito en otro precepto del texto compilado, el art. 18, que dice:

“El testador podrá encomendar a la persona instituida, aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, que, por acto entre vivos o de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio ‘distribuidor’, libremente o con las condiciones y limitaciones que el testador establezca, quedando a salvo las legítimas.”

Vizcaya.

Seguramente es Vizcaya la región foral en la que los poderes testatorios tienen mayor difusión y amplitud. Ya el Fuero Viejo (1452) los regulaba en términos muy amplios en el capítulo 127 (edición de Astuy). El epígrafe en esta edición debe estar mal copiado, pues dice: “Título de los testamentos fechos por perdon” (debe decir “por poder”). Entre el texto de la edición de Astuy y el publicado por Labayru (*Historia General de Bizcaya*, tomo III, pág. 178) hay algunas diferencias, pero son accidentales. Copiamos el texto de Astuy:

“Otrosí por quanto 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 a otros sus parientes é amigos, é los maridos á las mujeres é las mujeres a los maridos para que despues de su muerte en su lugar 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, é es duda si el tal poderío, é lo que por virtud de él fuere mandado, despues de la muerte del testador debe valer o non, é queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecían, que quando quier que algunos home o mujer dieren tal poderío a algunos, ó la mujer al marido, ó el marido a la mujer, vala todo lo que por los tales que ansi fuere dado tal poderio fuere fecho, é ordenado é mandado, ansi como si el testador mesmo en su vida hobiese fecho é ordenado.”

De este texto se desprende que la libertad de nombrar comisarios es amplísima en todos los aspectos:

a) En cuanto a las personas, porque puede darse a favor de parientes é amigos (“parientes o amigos” según Labayru) é los maridos a las mujeres é las mujeres a los maridos.

b) En cuanto a las facultades de los comisarios, porque pueden “facer mandas é testamento” y “dar é partir é distribuir entre sus herederos todos sus bienes muebles é raices como quisieren é por bien tovieren”, es decir, tienen las mismas facultades del testador (“como si el testador mesmo en su vida hubiese fecho é ordenado”).

c) En cuanto al plazo, porque no se establece ningún límite de tiempo para el ejercicio del poder testatorio.

En la edición reformada de 1526 se recoge también el testamento por comisario y además se razonan las causas de su admisión.

“Ley III, Título 21

De los comisarios y cómo pueden elegir heredero

Otrosí dijeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley, que por cuanto muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus testamentos, y mandas o aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad y dan poder a algunos, sus partes, o amigos, o mujer al marido, o el marido a la mujer, para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento e institución, o instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dejado hijos, o descendientes, o profincos, que le han de suceder, pupilos y pequeños, y de tal edad, y condición, y calidad, que los comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores cual es más idóneo, o hábil, o suficiente, o conveniente a la casa, para heredar, o regir toda la casa y casería; y a esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, a veces no suceden bien. Por ende, que establecían que el tal poder, y comisión valiese; con que los comisarios puedan hacer la elección, e institución, y nombramiento de heredero, o herederos, si los hijos, o descendientes, o profincos, y tronquero del testador, fueran al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales comisarios término de año y día, para hacer la tal institución o instituciones; pero si los tales hijos o sucesores fueren de edad pupilar, los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo, que los tales hijos o sucesores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, y dende un año cumplido, y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección o institución. Y la tal institución que hicieren valga, no embargante que el testador en su testamento, y postrimera voluntad, no haya nombrado, ni declarado a cual de sus hijos, o descendientes, o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar, y elegir. Pero si acaese, que en tal transcurso de tiempo, alguno, o algunos de los tales comisarios fallecen sin hacer la dicha elección, que en cualquier, o cualesquier comisarios que vivos quedaren, quede la dicha facultad insolidum.”

La razón de ser del comisariado es, según este texto, elegir entre los hijos el “más idóneo o hábil o suficiente o conveniente a la casa, para heredar, o regir toda la casa y casería”, porque de hacerse la elección entre niños “a veces no suceden bien”.

A diferencia del texto de 1452, en el nuevo Fuero se establece

un límite de tiempo para hacer la elección de heredero, un año a partir de la mayor edad del último de los hijos.

Juicio crítico.

El Código Civil funda la prohibición del testamento por comisario en su carácter personalísimo. Y la doctrina, con un criterio casi unánime, defiende esta nota del testamento con justificaciones diversas. “Unos creen, dice Puig Peña (*Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, vol. I, pág. 201), que la causa fundamentadora del mismo (del carácter personalísimo del testamento) se encuentra en la necesidad de evitar la perturbación que podría provenir de la interferencia de varias voluntades; otros, en el temor de que los mandatarios o representantes no interpretaran bien los deseos del ‘de cuius’; algunos, en el simplicismo general de los actos mortis causa; otros, en el formalismo tan típico de los negocios testamentarios, etc. Pero en verdad la razón de ello se encuentra en la necesidad de que la declaración de última voluntad represente íntegramente la voluntad del testador. Si aquélla es su último deseo, si es la ordenación de su patrimonio y en cierto sentido de su familia e intereses de todo orden, esa voluntad no puede tener otro mejor intérprete que el testador mismo. Sólo él conoce detalladamente el alcance económico y moral de sus actos, que dicen mucho de premios y sanciones, de estimación o reprobación de conductas, de apreciación de caracteres y de modos de ser, de previsión frente a posibles o probables realizaciones del devenir, y todos esos apuntes materiales y de conciencia no pueden ser captados por cualquiera, aun con la mejor voluntad; precisan del propio interesado, del propio ordenador testamentario.”

Los comentaristas al Código Civil aplauden, por lo general, la supresión de los poderes para testar. “El testamento ha de ser personalísimo, dice Manresa (*Comentarios al Código Civil*, tomo V, pág. 397, 5.ª edición). No existe una razón filosófica y legal que justifique suficientemente la conveniencia y menos la precisión de esta forma de testamento. Para dos casos lo autorizaban únicamente nuestras antiguas leyes: cuando el testador no pudiera o no quisiera hacerlo por sí. La primera no es motivo bastante estando establecidos en interés público los requisitos del testamento. La segunda tampoco, pues el otorgamiento del testamento es la demostración de la inexactitud de la impotencia del causante.”

“Ninguna defensa tiene, concluye Manresa, el testamento por comisario ante la ciencia, ni aun ante la mera conveniencia o utilidad.”

Toda esta argumentación no parece muy consistente, pues el respeto debido a la voluntad del testador podía ser razón bastante para que la ley admita esta forma de testar, y el recurso a superiores principios filosóficos, algo misteriosos, no convence cuando se trata de enjuiciar una realidad social que no descansa sobre la lógica abstracta.

Se nos ocurre preguntar: ¿Hace falta razonar la admisión de esta forma de testar o será más bien preciso justificar la prohibición? Entendemos que el fuero de la libertad, y en este caso se trata de la:

libertad civil, solamente puede ser restringido por muy graves razones de orden social, por lo que acaso se haya invertido el razonamiento: en lugar de justificar la prohibición se exige razonar el mero ejercicio de un derecho que la naturaleza no prohíbe.

Parecidos son los argumentos de Mucius Scaevola, que prácticamente reproduce las razones de Manresa y concluye: "Incondicional aplauso corresponde en justicia al legislador español" por la supresión de los poderes para testar.

Los argumentos que presentan los autores actuales (muchos ni siquiera se ocupan de razonar la prohibición del art. 670) podemos sintetizarlos así:

a) El testamento tiene que ser un acto personalísimo, pues la voluntad no es delegable (Francisco Bonet Ramón, *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, pág. 92).

Sin embargo, la voluntad es siempre delegable en los actos inter vivos (con limitadísimas excepciones). La representación, o sea, la delegación de la voluntad, cumple una función jurídica trascendental al permitir al representado atender a muchos asuntos que no puede cuidar personalmente por razones muy variadas, distancia, tiempo, no poder atender a otras ocupaciones, etc. Y nos parece natural que alguien otorgue un poder general y amplio a persona de su confianza. Pero las mismas dificultades pueden alcanzar al testador en orden a la designación de herederos cuando desconoce sus auténticos méritos o no tiene un juicio sobre sus auténticas necesidades; ¿por qué no reconocerle la facultad de delegar?

Cualquier persona puede otorgar poderes de la amplitud que quiera, y no se ve con escándalo que el apoderado disponga de los bienes en vida del testador, cuando puede causarle perjuicios directos. Parece, pues, justo que a cualquier persona se le permita nombrar un delegado que, después de su muerte, con mejor información y completa libertad, distribuya sus bienes.

b) Se habla de la perturbación que puede producir la intervención de personas extrañas. Creemos que en la relación sucesoria será difícil evitar que se produzcan diferencias y problemas. Pero la intervención de personas extrañas no se evita con esta prohibición, pues se admite en el Código el albaceazgo y los contadores-partidores, que no hay duda de que pueden suscitar las mismas prevenciones, y, sin embargo, nadie duda de que la institución del albaceazgo ha de ser mantenida, pues, por lo general, el testador elegirá la persona más idónea para estos cargos.

Muy en especial se desvirtúa este argumento cuando el poder testatorio se otorga a favor del cónyuge sobreviviente.

c) Un argumento de peso consiste en el temor de que los comisarios hagan mal uso de los poderes. Es un cebo a la codicia del comisario, decía Alonso Martínez. Y ciertamente que este riesgo no puede evitarse; pero no creemos que una institución que puede prestar notables servicios deba ser eliminada por sus manifestaciones patológicas.

Por otra parte, este riesgo se elimina o se reduce al mínimo cuando el comisario no es heredero ni tiene derecho alguno sobre la herencia. En cambio, es innegable que en los testamentos de confianza el peligro de que el comisario, que se beneficia de su cargo, anteponga a todo su propio interés es muy grande.

d) El argumento que más impresiona a Puig Peña es que el testamento debe representar íntegramente la voluntad del testador. No puede tener mejor intérprete, dice, que el testador mismo.

Pero si el testador no tiene medios suficientes de información, si duda de lo que será de sus presuntos herederos en un futuro próximo, no puede disponer con el suficiente conocimiento de causa. El padre o madre con hijos menores no puede hacerse idea de cuáles serán las necesidades de sus hijos en el futuro, ni cuál será el más competente para regir o llevar el negocio familiar. Nada más justo que permitirle aplazar su decisión y confiarla a quien, llegado el momento, tendrá mejores elementos de juicio para resolver.

Defensa del testamento por comisario.

Refiriéndose Bonet al testamento por comisario en Aragón, afirma que varios fines lo justifican. "Así, entre otros, podrían citarse los siguientes más corrientes (*l. c.*, pág. 209):

1.º El testador puede relegar a un momento ulterior la designación del heredero o la distribución de su patrimonio, cuando la evolución normal de las circunstancias permita conocer al más apto para cada puesto o al más necesitado.

2.º Garantiza al cónyuge supérstite una más sólida posición frente a los hijos, ante eventuales y no infrecuentes ingratitudes por parte de éstos, especialmente cuando el supérstite carece de bienes propios o queda congelada su facultad de disposición mortis causa por la irrevocabilidad del testamento mancomunado.

3.º Facilita la enajenación por el supérstite de los bienes del cónyuge premuerto o comunes al matrimonio (de estos últimos sin necesidad de liquidar la sociedad conyugal) al poder asignar el bien que se trate de vender a un hijo, y enajenarlo ambos conjuntamente, por su respectivo derecho, incluso en el mismo instrumento; de esta forma se trata de dar cauce, hasta donde sea posible, a esa aspiración tantas veces expresada por los testadores de que sea 'todo lo del uno para el otro', traducida sobre todo en la posibilidad de vender el sobreviviente en caso de necesitarlo."

La argumentación de Bonet es perfectamente aplicable al testamento por comisario en Vizcaya, especialmente cuando, como es lo normal, se otorga a favor del cónyuge sobreviviente.

Pero por encima de todas estas razones defiende el poder testatorio el principio general de libertad civil. Nos vamos acostumbrando a que el Estado omnipotente, el legislador, provea a todos los supuestos, a que tome todas las decisiones, incluso en algo tan íntimo y familiar como es el disponer de los bienes después de la muerte de una persona. En los países de Fuero se piensa que el cabeza de familia es

quien debe ordenar sobre ella y sólo excepcionalmente ha de intervenir la ley.

El testador, normalmente el cabeza de familia, se encuentra en mejores condiciones que el lejano legislador para establecer las normas a que ha de sujetarse su sucesión. Si estima que la decisión más correcta es encomendar la distribución de sus bienes a su cónyuge u otra persona que la haga en mejor momento y con mejores elementos de juicio, no se ve razón alguna para que se entrometa el Estado obligándole a aceptar una norma abstracta dictada sin consideración alguna a los casos particulares, sin conocimiento de las circunstancias y de las necesidades de una determinada situación familiar.

Ciertamente que, en algún caso, este criterio liberal puede conducir a que el testador haga disposiciones poco razonables, pero no será lo normal, pues por lo general los padres atienden al interés familiar y se guían por la única razón de ayudar y favorecer a sus hijos, de atender muchas veces al más débil, o necesitado, o de buscar el más eficiente para la dirección de los intereses y empresas familiares.

Los abusos aislados no justifican la prohibición legal. Si partimos del abuso habría que prohibir el testamento mismo, ante los supuestos, aislados, pero no infrecuentes, de testamentos otorgados con criterios extraños y caprichosos, a veces por personas de edad cuyo equilibrio psicológico es dudoso y bajo la presión de amistades interesadas, o por jóvenes arrastrados por la pasión a disponer según les estimulan relaciones ilícitas, incluso con perjuicio de los familiares más allegados.

Pero especialmente debe defenderse la libertad de los esposos para atribuirse un recíproco poder testatorio, poder que cumple la legítima aspiración de reforzar la posición del sobreviviente ante los herederos, de permitirle la fácil disposición de los bienes comunes y de aplazar los actos de disposición hasta el momento en que puedan ser realizados con mejor conocimiento de causa.

La crítica en Vizcaya.

Los comentaristas de nuestro Derecho Foral defienden con unanimidad el poder testatorio.

El principal argumento es el que considera los poderes testatorios como un medio para mantener la indivisión y la mejor explotación del caserío.

“Para salvar los inconvenientes de una elección prematura, dice Jado, o de la división forzosa de los bienes, está el testamento por comisario que se conceden mutuamente marido y mujer en la escritura de capitulaciones matrimoniales, y por ese medio puede el padre o la madre sobreviviente elegir al más idóneo, o hábil, o suficiente, o conveniente a la casa para heredar o regir toda la casa y casería, como dice la Ley del Fuero” (Rodrigo Jado Ventades, *Derecho Civil de Vizcaya*, pág. 279).

Y para Angulo Laguna “no hay motivo alguno racional que oponer a que el principio de la representación influya en la forma de ejer-

cicio de la testamentifacción activa, y a que las leyes civiles reconozcan la forma que se llama testamento por comisario o mandatario” (Diego Angulo Laguna, *Derecho Privado de Vizcaya*, pág. 194).

A estos argumentos hemos de añadir que, aunque el Fuero establece ampliamente el comisariado, tanto a favor de parientes como de extraños, la costumbre general es que los poderes testatorios se otorguen exclusivamente entre cónyuges, y, por lo general, para disponer a favor de los hijos comunes. Este es el supuesto que parece prever la ley 3.^a, título XXI, del Fuero, y limitándonos a él, la defensa del poder testatorio se hace muy fácil, pues nada más legítimo que el derecho del testador de transmitir sus facultades a su cónyuge para que haga una elección acertada, reforzando al mismo tiempo su posición ante los hijos.

“Con este medio indirecto, dice García Royo, aunque el Fuero no concedía expresamente a la madre la patria potestad, el poder testatorio transmite la representación del marido a su muerte y coloca a la viuda en su lugar para el acto más solemne de la vida familiar vizcaína, la designación de heredero tronquero sucesor en la casa paterna: mientras no se hace tal designación rodea a la madre de todo el prestigio” (*l. c.*, tomo II, pág. 312).

Distinción necesaria.

En cualquier caso parece necesario hacer una distinción que, dentro de la institución que comentamos, puede tener importantes consecuencias. Se trata de separar los poderes otorgados a favor del cónyuge de los otorgados a favor de otras personas.

Los primeros tienen más fácil y eficaz defensa. En realidad es este testamento a favor del cónyuge como comisario el que, con más o menos variantes, recoge el art. 115 de la Compilación catalana, el introducido en Aragón por la costumbre e incorporado al art. 29 del Apéndice y el 110 de la Compilación, el que también por costumbre foral se practica en Navarra y el que la Compilación de Baleares regula en su art. 77.

La relación conyugal normal basta para razonar y justificar este testamento por poder.

Puede haber más dificultades en la admisión de comisarios extraños. Estimamos que el principio de libertad civil es bastante para justificarlos, pero no puede ignorarse el peso de los argumentos contrarios, que pueden tener una enorme fuerza en los espíritus habituados a tomar los principios básicos del Código Civil como “ratio juris”.

EL TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA

DESARROLLO LEGISLATIVO

Elementos personales.

Entendido el poder testatorio como delegación para testar, su otorgamiento exige, además de la persona del testador (comitente), otro elemento personal, el comisario o delegado para testar.

I. *El testador o comitente*

Debemos preguntarnos por las condiciones que ha de reunir el testador en orden a su capacidad para otorgar poder testatorio. Podemos reducirlas a dos: ser vizcaíno aforado y tener capacidad para testar.

A) *Ser vizcaíno aforado.*

Si atendemos al epígrafe del título III de la Compilación, "De las formas de los testamentos", cuyo capítulo II trata "Del testamento por comisario", debemos concluir que estamos ante una forma de testar y, en consecuencia, es aplicable el art. 11 del Código Civil y considerar este testamento como mera cuestión de forma, regida por la ley del lugar de otorgamiento.

Las formas y solemnidades de los testamentos, dice este precepto legal, se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Por lo tanto, cualquiera que otorgara testamento en la zona aforada de Vizcaya, ya fuera vizcaíno, ya castellano o incluso extranjero, podría utilizar esta "forma" de testar y conceder un poder testatorio. En cambio, nadie podría hacerlo, ni siquiera un vizcaíno aforado, fuera del territorio foral de Vizcaya.

Pero no podemos admitir que nos encontremos ante una cuestión de forma, como ya hemos razonado en otro lugar (6). La forma es el modo de manifestar la voluntad, pero el comisariado se refiere a un acto de representación, delegación de la voluntad, no el modo de declararla.

Por esta razón debe regirse el otorgamiento de poder testatorio por el estatuto personal, conforme al art. 10, párrafo segundo, del Código: "Las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren."

Aunque la delegación para testar no se refiere al orden de suceder ni a la cuantía de la herencia, establece la norma que regirá la distribución de los bienes (la voluntad del comisario), y no nos ofrece duda de que debe ser aplicable el llamado estatuto personal y el artículo

(6) ADRIÁN CELAYA IBARRA: *Vizcaya y su Fuero Civil*, pág. 275.

citado del Código. Conforme al mismo, la sucesión se rige por la ley nacional; pero tratándose de conflictos interregionales, la ley nacional es sustituida por la vecindad (arts. 14 y 15). En consecuencia, la ley vizcaína se aplica a los vecinos de Vizcaya.

Un vizcaíno aforado podrá otorgar este testamento dondequiera que se halle, mientras quien esté sujeto al Derecho común queda sometido a la prohibición del art. 670 del Código Civil en todo tiempo y lugar, incluso cuando comparezca ante un notario residente en tierra llana.

La prohibición alcanza también a los vizcaínos vecinos de villa cuando dispongan de bienes sitos en la tierra llana, pues la única ampliación del régimen foral que les es aplicable, conforme al art. 10 de la Compilación, es la de no poder disponer de bienes troncales sino a favor de parientes tronqueros. El régimen foral en todo el resto de sus instituciones, incluida por tanto la facultad de otorgar poderes testatorios, solamente alcanza a los vizcaínos aforados, vecinos de tierra llana, nunca a los vecinos de villa.

Cambios de vecindad del testador.

Si el testador pierde la vecindad foral antes de su fallecimiento, ¿qué valor tendrá el poder testatorio?

Sosteníamos en otro lugar (7) que en este caso el poder testatorio quedará sin efecto ni valor alguno, como consecuencia del carácter no meramente formal del testamento por comisario, y aducíamos el testimonio de García Royo (8): “Se tiene en cuenta no la capacidad del comisario, sino la del causante. Es el mismo caso que si fuera el propio testador quien quisiera hacer testamento o realizar una distribución de bienes con arreglo a una regionalidad que ya no ostentaba. No interesa la regionalidad del comisario.”

Y lo mismo opina Astorqui: “Por rigurosa que parezca a primera vista esta solución, opinamos que si se admite que la facultad de otorgar poder testatorio se rige por el estatuto personal del comitente, y también se admite que para juzgar de la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias habrá de estarse a la ley personal que corresponda al causante en el momento de fallecer éste, fluye como consecuencia natural y lógica que en el presente supuesto el poder testatorio habrá perdido su validez originaria” (9).

No obstante, creemos que el problema exige una reflexión más profunda. No estamos ante una cuestión de forma de testamento, pero tampoco ante un problema de fondo, y estamos poniendo en juego la validez de un testamento, quitando toda fuerza a unas previsiones que acaso fueron largamente meditadas por el causante. Si es preciso aproximarse a alguna de las categorías jurídicas admitidas, entre forma y fondo, este problema podríamos tratarlo como cuestión de capacidad,

(7) *Vizcaya y su Fuero Civil*, pág. 277.

(8) LUIS GARCÍA ROYO: *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, II, página 301.

(9) ANTONIO ASTORQUI: *Derecho Civil de Vizcaya y Alava*, pág. 95.

ya que se trata de la facultad del testador de delegar su voluntad, y, como en seguida veremos, la doctrina se inclina hoy a favor de la validez de los testamentos otorgados por quien era capaz conforme a la ley propia en el momento del otorgamiento. Si se tratara de cuestión de forma, aún es más amplio el Convenio de La Haya de 1960, en el que se declara válido el testamento tanto si lo es conforme a la ley del causante en el momento del otorgamiento o en el momento de su muerte.

Sentimos cierta inclinación a mantener la validez de un testamento otorgado, acaso con asesoramiento técnico y por quien ha vivido confiado en su validez. El desconocimiento de la ley nueva no debe excusarle (art. 2.º del C. C.), pero es un hecho que una jurisprudencia evolutiva no debe dejar de considerar.

Refiriéndose a la capacidad, sostiene Miaja de la Muela que el cambio de estatuto personal no debe afectar a la validez del testamento. "Otra complicación, dice, es la que supone el cambio de nacionalidad o domicilio del testador después del testamento; por regla general, la validez de éste no queda afectada por tales cambios" (10).

Y Wolf, refiriéndose al Wills Act inglés, afirma que "si el testador cuando hace testamento era capaz de hacerlo según la ley de su domicilio en aquel momento, el testamento continúa siendo válido, aunque según la ley de su último domicilio hubiera sido nulo a causa de su incapacidad" (11).

El principio del "favor testamenti", tan ampliamente aplicado en el proyecto de Convenio de La Haya de 1960, y algunas consideraciones de equidad, así como el respeto a la libertad civil, podrían inclinarnos también a una solución favorable a la validez del testamento, pese al cambio de vecindad. En cualquier caso, hemos de reconocer que la cuestión se presenta dudosa, aunque la rigidez de nuestras normas conflictuales nos hace temer que los tribunales se pronuncien por la invalidez.

En Vizcaya, el problema tiene enorme interés, dada la frecuencia y facilidad de los cambios de vecindad y especialmente en los primeros años de vigencia de la Compilación, por los cambios de vecindad que establece. Sospechamos que los tribunales se inclinarán por decretar la nulidad de los poderes otorgados por quien no fuera aforado en el momento de su fallecimiento.

Pero, en cualquier caso, pensamos que es preciso anotar dos importantes excepciones:

La primera se refiere a los cambios de vecindad ocasionados por modificaciones del territorio foral producidas por la entrada en vigor de la Compilación o por la aplicación futura de su art. 3.º Por ejemplo, respecto a los vecinos de Deusto, Begoña y Erandio, que perdieron la vecindad foral en 1959, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda. En estos casos debe aplicarse la disposición transitoria segunda del Código Civil, que declara válidos los poderes para

(10) MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, tomo II, pág. 326.

(11) MARTÍN WOLFF: *Derecho Internacional Privado*, pág. 553.

testar otorgados antes de su vigencia, si bien su revocación o modificación posterior no podrá verificarse sino testando con arreglo al mismo.

Se trata, sin duda alguna, de una cuestión de derecho transitorio, y conforme a la transitoria tercera de la Compilación la cuestión debe resolverse acudiendo al Código Civil. Por lo tanto, estos poderes son válidos, pero la herencia se adjudicará y repartirá con arreglo al Código Civil, cumpliendo en cuanto éste lo permita las disposiciones testamentarias (disposición transitoria 12). Por lo tanto, el comisario estará obligado, al hacer uso del poder, a respetar las legítimas y demás derechos sucesorios que el Código señala. Es decir, será un poder testatorio sin libertad de testar.

La segunda excepción hemos de hacerla con los poderes testatorios otorgados en capitulaciones matrimoniales. Siendo, como son, inmutables las capitulaciones, no pueden quedar modificados sus pactos por un cambio de vecindad. Esto puede desprenderse del art. 1.320 del Código Civil, que prohíbe la alteración de las capitulaciones después de celebrado el matrimonio. Estando en la actualidad el Derecho de Vizcaya perfectamente engarzado con el Código Civil por obra de la Compilación (art. 41), la inmutabilidad de las capitulaciones impone la de los poderes testatorios en ellas otorgados.

Sin embargo, aun en este caso hay motivos de duda, pues puede entenderse que el poder otorgado en capitulaciones no tiene relación con el régimen conyugal.

Poderes otorgados en el extranjero.

Tratándose de una cuestión de estatuto personal no ofrece duda la posibilidad de otorgar poder testatorio un vizcaíno en cualquier país en que se halle y la validez de sus disposiciones en cualquier caso.

Ni el art. 733 del C. C. ni el criterio general de invalidez de los poderes testatorios otorgados en el extranjero afecta al testamento otorgado por un vizcaíno, ya que tales preceptos no tienen aplicación a quien se sujete a la Compilación foral.

Lo único que es preciso es que exista la posibilidad material de otorgar esta clase de testamento, pues puede ocurrir que los funcionarios extranjeros, desconociendo la institución, no se avengan a autorizar el testamento en la forma foral. En tal caso debiera admitirse la posibilidad del poder otorgado en testamento ológrafo, pero como lo prohíbe el art. 16 de la Compilación, la única posibilidad de otorgarlo en un país en que se den estas circunstancias será la de acudir a las autoridades consulares españolas, que están obligadas a autorizar el testamento conforme a la ley de la vecindad del otorgante.

Por otra parte, hay que entender que el testamento por comisario es eficaz en cualquier lugar y respecto de toda clase de bienes, incluso los situados en el extranjero. Pero también esta conclusión, clarísima en nuestro Derecho positivo, puede ponerse en entredicho en aquellos países que someten las sucesiones a la ley de situación de los bienes (Hispanoamérica, países anglosajones, etc.).

B) *Capacidad para testar.*

La Compilación no se ocupa de este problema, pero, conforme al art. 15, que se refiere al "testador" sin discriminaciones, a todo testador, hay que entender que cualquier persona que tenga la capacidad general para testar, siendo vizcaíno aforado, puede otorgar poder testatorio.

Tampoco se regula en las leyes forales la capacidad general para testar, por lo que es aplicable el Código Civil, según lo ordenado en la disposición final segunda de la Compilación.

II. *El comisario*

1. Después de ver quién puede otorgar poder para testar, debemos preguntarnos quién puede ser nombrado comisario.

Ante todo, hemos de averiguar si el testamento por comisario está reservado a los cónyuges o puede elegirse también a otro pariente o a un extraño.

Como vimos más arriba, varias leyes forales (art. 115 de la Compilación catalana, art. 110 de la de Aragón, art. 77 de la balear) reservan el nombramiento de comisario únicamente a los cónyuges.

Ciertamente que en otras disposiciones forales se amplía el campo, admitiendo los poderes testatorios a favor de otras personas, pero siempre con alguna limitación; así, en el art. 116 de la Compilación catalana puede designarse a los dos parientes más próximos; en Aragón, dos o más parientes, sin excluir nunca al cónyuge (art. 114); en Baleares, a persona instituida en todo o parte de los bienes de la herencia (art. 18).

Pero en Vizcaya no hay limitación alguna en los textos legales. El Fuero Viejo decía que los testadores "dan poder a otros sus parientes e amigos, e los maridos a las mujeres, e las mujeres a los maridos" (ley 127).

Y en los mismos términos se expresa el Fuero Nuevo en la ley 3.^a del título XXI.

No hay, pues, limitación legal en los textos tradicionales. Cualquiera puede ser designado comisario, pariente o amigo, sin limitación, e incluso puede nombrarse a varios, porque el Fuero Nuevo habla de comisarios, en plural.

La costumbre, no obstante, es nombrar comisario al cónyuge. "El designar comisario a quien no sea el cónyuge se apartaría de la práctica común que tradicionalmente viene observándose", dice Astorqui (12). También decía Jado que "lo común es que el poder testatorio se lo concedan mutuamente marido y mujer" (13).

Y hasta tal punto es esto cierto que los tratadistas forales no prestan atención alguna a los poderes en favor de extraños, y bien podemos calificar estos poderes como muy poco usuales.

(12) *L. c.*, pág. 97.

(13) *L. c.*, pág. 277.

Pero el proyecto de Apéndice de 1900 reguló ampliamente los poderes testatorios a favor de extraños (arts. 25 a 38), y lo mismo hizo el proyecto del Colegio de Abogados de Bilbao.

No debe por ello extrañar que la Compilación admita asimismo los poderes testatorios en favor de cualquier persona. Dice el art. 15:

“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.”

Cualquier persona, cónyuge, pariente o extraño, puede ser designada en el poder, y no se tiene en cuenta en principio la situación especial en que la costumbre colocaba al cónyuge comisario como usufructuario poderoso, universal. No obstante, se hace una referencia a esta situación en el art. 48, en que se establece que mientras no se haga uso del poder “el cónyuge viudo será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal”.

La crítica de la Compilación en estos preceptos tiene que ser desfavorable. Están inspirados en un estricto legalismo que desconoce el auténtico Derecho foral, conservado en las vivencias del pueblo, introduciendo la figura del comisario no consorte, algo extraña al Derecho realmente vivido en Vizcaya.

2. Capacidad.—No hay precepto alguno en la Compilación referente a la capacidad para ser comisario. En el Derecho tradicional, limitados los poderes a los cónyuges, esta cuestión no podía plantearse.

A falta de textos legales hay que acudir a principios generales. Desde un punto de vista racional, quien tenga las dotes naturales necesarias para ejercitar esta función puede ser elegido comisario, pero no quien, por razón de enfermedad, menor edad o defecto físico, no pueda gobernarse a sí mismo.

Estamos ante una institución de gran paralelismo con la representación y pueden ser aplicadas las mismas normas que rigen la capacidad del representante. Si acudimos al art. 1.716 del Código hay que admitir que pueden ser comisarios el menor emancipado y la mujer casada con autorización de su marido.

Pero tratándose de una representación que ha de ser eficaz después de la muerte del representado, la institución más similar en el Código Civil es el albaceazgo, y creemos que puede ser perfectamente aplicable el art. 893.

En consecuencia, el comisario debe tener capacidad para obligarse. “No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse” (art. 893).

“La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él. El menor no podrá serlo ni aun con la autorización del padre o tutor” (art. 893).

No podrán ser comisarios los sordomudos que no sepan leer y escribir, ni los locos y dementes.

Puede preguntarse si pueden ser comisarios las personas jurídicas.

Parece que en Derecho alemán se admite la posibilidad de que lo sean, y si tomamos a la letra el texto de nuestra Compilación hay que reconocer que expresamente no se les excluye.

No obstante, el cargo de comisario está concebido sobre la base de una relación de confianza e intimidad que sólo puede darse entre personas naturales. La Compilación no se preocupa del problema, ni siquiera se lo plantea, porque está totalmente fuera de la mente de sus redactores. Pero el art. 18 habla de los comisarios "supervivientes", y la supervivencia en sentido literal sólo puede predicarse de las personas físicas, y el art. 20 autoriza a hacer uso del poder por testamento, instrumento jurídico que está reservado a las personas naturales.

Pero parece perfectamente posible que pueda nombrarse albacea a quien ostente un cargo (presidente, director, etc.), en una persona jurídica en el momento de la muerte del comitente.

3. Acerca del momento en que debe el comisario ser capaz es claro, como dice Astorqui, que hay que atenerse al momento en que se hace uso del poder, no al tiempo en que se otorga el poder testatorio. "Nos parece (13 bis) que el comisario ha de tener la capacidad necesaria para contratar y obligarse, pero no referida al tiempo en que se otorga el poder testatorio, sino al momento en que se hace uso de tal poder, pues no se trata de que el comisario manifieste su propia voluntad mortis causa, sino de que realice un acto jurídico en nombre y representación del comitente."

Siguiendo este criterio podrá designarse comisario al menor de edad, siempre que al tiempo de hacer uso del poder haya llegado a la mayoría.

Pero creemos que hay un tercer momento a considerar. El comisario ha de ser capaz en el momento de la muerte del causante, pues no puede dejarse la sucesión pendiente de la incertidumbre sobre la capacidad del comisario.

4. ¿Puede un heredero ser designado comisario?—Tampoco se ocupa la Compilación de esta cuestión, por lo que, a falta de prohibición, hay que entender que es posible nombrar comisario al heredero; pero esto es romper con la estructura normal de la sucesión en el régimen foral. ¿Qué razón de ser tiene el heredero con facultad de elegirse a sí mismo sucesor universal y excluir a los demás, y qué garantías nos da de responder a la confianza que en él depositó el testador?

Sólo en el caso del cónyuge es admisible el comisario-heredero, aunque tampoco es normal que el cónyuge herede, sino que se limita a tomar su parte en los bienes comunicados y disponer de los del premuerto en favor de los hijos comunes.

No admitimos por ello el testamento a favor de un pariente legítimo que esté llamado a la herencia o que deba ser excluido mediante apartamiento foral. Como argumento legal en favor de esta conclusión

podemos pensar en la naturaleza esencialmente gratuita del cargo de comisario, conforme al art. 18 de la Compilación.

5. También admite la Compilación la posibilidad de nombrar comisario a un extraño viviendo el cónyuge. Esto es ciertamente contrario a la finalidad que se asigna a los poderes de reforzar la autoridad del viudo y su posición en la familia. Pero la Compilación no admite dudas en este punto, ya que del art. 48 claramente resulta que junto al cónyuge viudo puede existir un comisario extraño.

6. Vecindad del comisario.—En el testamento entre cónyuges no hay cuestión acerca de la vecindad, ya que marido y mujer tienen la misma, conforme al art. 15 del Código Civil.

Pero, en cualquier caso, la vecindad del comisario no debe influir en la validez del poder, pues no se trata de que el comisario haga su propio testamento o disponga de sus bienes, sino únicamente que actúe como delegado y representante del fallecido. La vecindad es indiferente, pudiendo ser designado tanto un vizcaíno no aforado como un vecino de otra región o incluso un extranjero.

7. ¿Puede ser comisario el notario que autorice el testamento o el sacerdote que asiste al testador en su última enfermedad? Suscitan la duda las prohibiciones establecidas por los arts. 752 y 754 del Código Civil en cuanto a los actos de disposición a favor de estas personas.

Pero estas prohibiciones deben interpretarse en forma restrictiva (sent. de 6 de abril de 1954), y el T. S. ha declarado que con esta prohibición no se comprende la designación del notario como albacea y contador partidario (sent. de 24 de mayo de 1954).

Si tenemos en cuenta que el cargo de comisario es esencialmente gratuito y el comisario no es heredero, no hay razón para que estas personas no puedan ser designadas.

Nombramiento de varios comisarios.

Recordemos la costumbre recogida en la Compilación catalana de designar comisarios en la comarca de Pallars Sobirà a los dos parientes más próximos, y en Navarra a los parientes mayores. El texto de la ley 3.^a del título XXI del Fuero de Vizcaya admite también el nombramiento de varios comisarios.

Sin embargo, la costumbre vizcaína no conoce semejante forma de institución, ya que, como hemos indicado más arriba, lo habitual es designar al cónyuge con plenitud de facultades.

La Compilación, atenta al tenor literal de las leyes forales, admite que el testador pueda nombrar “uno o varios comisarios” (art. 15).

Siendo varios los comisarios, en el texto del Fuero se les asignaban facultades solidarias (“que en cualesquier que vivos quedaren, quede la dicha facultad insolidum”). Pero los tratadistas forales se han inclinado a la mancomunidad por aplicación de la ley 38 de Toro.

El proyecto de Apéndice de 1900 establecía ya la mancomunidad, siempre que el testador no dispusiera otra cosa (art. 29).

Y éste mismo es el criterio de la Compilación:

“Los comisarios desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se tomarán por mayoría entre los comisarios supervivientes, y en caso de empate decidirá el nombrado en primer lugar. Las facultades exclusivas de alguno de los comisarios se extinguen a su fallecimiento” (art. 18).

Los acuerdos se toman en forma mancomunada y por mayoría. El proyecto de 1900 estableció ya que los empates se decidieran por el voto del comisario designado en primer lugar, y ésta es la idea que ha prevalecido en la Compilación.

Pero habrá que respetar la voluntad del testador si ha reservado a alguno de los comisarios facultades especiales o exclusivas. Estas facultades pueden ser de todo tipo: designar sucesor en bienes determinados, elegir los herederos, administrar, etc.; es decir, todo cuanto podía haber hecho el mismo testador.

Las facultades especiales de alguno de los comisarios se extinguen a su fallecimiento, pero ¿pasarán a los demás comisarios? La respuesta de la Compilación parece ser la negativa, pues lo que se extingue no es el poder, que era lógico concluyera con la muerte, sino las mismas facultades otorgadas en forma exclusiva. Esta solución es congruente con el carácter personalísimo e intransferible de la condición de comisario, pero en algún caso, como cuando las facultades se refieren a disponer de determinados bienes, obligará a abrir la sucesión intestada respecto a dichos bienes.

En todo caso, el testador puede establecer la solidaridad y, como dice Astorqui (14), no hay inconveniente para admitir que pueda ordenar que desempeñen sus funciones en forma sucesiva, esto es, que el testador puede nombrar comisarios sustitutos, como se permite para los albaceas en el Código Civil (art. 894).

Caracteres del cargo.

Podemos decir, siguiendo a Astorqui (15), que las notas que distinguen el comisariado son las siguientes:

1.º Es un cargo personal, y diríamos mejor personalísimo, siendo las facultades intransferibles (art. 18), por lo que no se puede delegar en todo o en parte en un tercero las atribuciones recibidas.

“Los comisarios no podrán transmitir sus facultades a otro ni delegarlas”, decía el art. 30 del proyecto de Apéndice de 1900. Pero el art. 36 desvirtuaba algo este principio al establecer que el marido y la mujer que sean comisarios de su respectivo cónyuge podrán nombrar comisario con relación a los bienes del cónyuge premuerto de que no hubiese dispuesto el viudo.

Esta excepción sentada en el Apéndice en proyecto fue censurada por García Royo (16), porque con ella podría llegar a ser comisario-

(14) *L. c.*, pág. 98.

(15) *L. c.*, pág. 101.

(16) *L. c.*, pág. 298.

del cónyuge fallecido el que se case en segundas nupcias con el cónyuge viudo. Por esta razón, la Compilación ha prescindido de la excepción y el cargo de comisario resulta siempre indelegable, incluso cuando se trate del cónyuge viudo. La necesidad a que atiende una delegación de facultades puede suplirse con el nombramiento de comisarios sustitutos.

2.º El cargo de comisario es gratuito en todo caso (art. 18), lo que quiere decir esencialmente gratuito, sin que admita retribución, ni siquiera fijada en testamento. Pero es evidente, como muy bien dice Astorqui, que habrá de ser indemnizado de los daños y perjuicios que le cause el ejercicio de su cargo.

3.º El cargo es voluntario, pudiendo ser repudiado, aunque expresamente no lo diga la Compilación.

FORMA DEL TESTAMENTO POR COMISARIO

A) *Forma del poder.*

Ni el Fuero Viejo ni el Fuero de 1526 son muy explícitos al referirse a la forma de los poderes testatorios. “Dan poder y comisión los testadores”, pero no se dice ni dónde ni cómo lo dan.

Es evidente que el testamento es el vehículo natural para otorgar estos poderes, pero la falta de norma legal nos obliga a atender a los usos y costumbres que desde tiempo inmemorial han autorizado el otorgamiento de poder testatorio en capitulaciones matrimoniales. En cambio no se conoce el nombramiento de comisario en un acto inter vivos.

El proyecto de Apéndice foral autorizaba el otorgamiento en testamento y en capitulaciones matrimoniales (art. 26). No distinguía de especies de testamento, por lo que en cualquiera de ellos, abierto, cerrado u ológrafo, común o especial, podía designarse comisario.

Pero la Compilación muestra un criterio restrictivo, difícil de justificar al ordenar que “el nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer en testamento ante notario” (art. 16).

Este criterio restrictivo forma parte de la especial inclinación de la legislación reciente hacia el formalismo, exigiendo la fehaciencia en las notificaciones, requerimientos, etc., de lo que es buena muestra la legislación arrendaticia. Acaso se piense garantizar así la seguridad jurídica, pero, en cambio, se desdeña el principio fundamental de la buena fe.

Además del testamento ante notario se admite el nombramiento de comisario en capitulaciones matrimoniales. El segundo párrafo del art. 16 dice que “los cónyuges podrán nombrarse recíprocamente comisario en la escritura de capitulaciones”.

B) *Forma del acto de disposición del comisario.*

El Fuero no establecía la forma en que los comisarios habían de hacer uso del poder, pero la costumbre suplía el vacío legal introduciendo formas variadas; unas veces, la escritura de donación a favor

de un hijo al casarse o abandonar la casa paterna; otras, las capitulaciones matrimoniales de alguno de los hijos al que se elegía sucesor en la hacienda familiar, y con frecuencia, el testamento del propio comisario, que así disponía de sus propios bienes y los de su difunto consorte.

Esta amplia gama de modos de disponer fue recogida en el art. 35 del proyecto de Apéndice y ha pasado a la Compilación, que dice:

“El comisario podrá ejercitar su poder testatorio por acto “inter vivos” o por testamento otorgado a este solo efecto y en el que no disponga de sus propios bienes. Sin embargo, el cónyuge superviviente podrá, en su propio testamento, hacer uso, en todo o en parte, del poder testatorio que el premuerto le hubiere concedido, pero sólo respecto de los hijos o descendientes comunes de ambos cónyuges” (art. 20).

Como consecuencia, podrá hacerse uso del poder:

a) En acto inter vivos. La expresión es muy amplia, pero la propia Compilación nos obliga a limitarla, pues el art. 11 ordena que “la designación de sucesor en bienes, sean o no troncales, deberá hacerse por testamento, capitulaciones matrimoniales, escritura de dote o donación”.

Por ello, el acto inter vivos a que se refiere el art. 20 sólo cabe que sea:

1. Capitulaciones matrimoniales de alguno de los herederos, acto en el que intervendrá el comisario (normalmente el padre o la madre) para instituirle heredero o designarle sucesor.

2. La escritura de dote, que normalmente se otorga en un supuesto similar.

3. La donación, en la que podrá hacerse disposición total o parcial de los bienes del difunto.

Como la Compilación no parece exigir escritura de donación y el Código sólo la exige cuando se dispone de bienes inmuebles (art. 633), habrá que admitir la posibilidad de la donación verbal con entrega de la cosa o por escrito simplemente privado cuando se trate de muebles (art. 632). El supuesto es extraño, pero cabe en la concepción legal.

b) Por testamento otorgado al solo efecto de usar del poder testatorio y en el que el comisario no disponga de sus propios bienes.

c) Por testamento en que disponga de sus propios bienes, cuando el comisario sea el cónyuge sobreviviente y haga uso del poder testatorio, en todo o en parte, respecto de los hijos y descendientes comunes.

El número de actos de disposición.—Censuraba Balparda 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 Jado 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 (17).

Parece que el uso de los poderes en varios actos era una costumbre foral de frecuente aplicación. El Apéndice de 1900 la recogió ampliamente, pero la Compilación la ha restringido mucho :

“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, podrá hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad” (art. 19).

Si los herederos son mayores, el poder ha de usarse en un solo acto. Si no lo son, se autorizan varios otorgamientos, pero en forma escalonada, “a medida que contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad”.

El texto legal subordina el número de otorgamientos al número de hijos o herederos, y además cada nuevo otorgamiento ha de acomodarse a la mayor edad o matrimonio de uno de los hijos, lo que hace la regla enormemente restrictiva y capaz de suscitar serios problemas en la práctica.

No es obligado que los varios otorgamientos se realicen en instrumentos similares ; cabe que uno vaya en un testamento, otro en capitulaciones, etc.

Se nos suscitan varias cuestiones prácticas :

1.^a ¿Qué ocurrirá si el comisario, siendo todos los herederos mayores de edad, hace uso del poder disponiendo sólo parcialmente de los bienes y reservándose hacerlo por el resto en acto posterior?

La ley prohíbe hacer dos otorgamientos, por lo que un acto de esta naturaleza no se acomoda a derecho. La solución pudiera ser declarar nulo el acto y reservar el derecho del comisario para un momento posterior.

Pero pensamos que en realidad el comisario ha hecho ya uso del poder con carácter irrevocable (art. 19), y el acto de disposición deberá válido mientras no haya una declaración legal en contrario. Este primero y único otorgamiento será válido y con él se cierran las posibilidades de actuación del comisario. En cuanto a los bienes de que no dispuso, será preciso abrir la sucesión intestada.

2.^a ¿Y si el comisario otorga dos actos de disposición?

Según lo expuesto antes, nos inclinamos a creer que el primero es el único válido, aunque el segundo disponga de bienes no incluidos en el anterior, o el segundo sea un acto más completo y meditado.

Nos inclina a pensar así el art. 19 de la Compilación, según el cual “las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatario serán irrevocables”.

3.^a La cuestión se complica si después de hacer uso del poder aparecen bienes no incluidos en el acto de disposición y no existe heredero universal.

¿Se abrirá la sucesión intestada o se autorizará al comisario un nuevo acto de disposición? Esta última parece la solución razonable, aunque el texto terminante del art. 19 puede plantear dificultades. Pero si penetramos en la “ratio iuris” del precepto, que únicamente se propuso que el comisario no reserve su decisión y que disponga de los bienes sin reservarse facultad alguna, podemos pensar que en este supuesto no ha habido ningún ánimo de mantener derechos en reserva, ni de defraudar la ley, por lo que debe reconocerse al comisario la facultad de otorgar un nuevo acto de disposición. De lo contrario se frustraría la voluntad del testador.

4.^a Siendo menores los herederos, ¿será nulo el uso del poder en dos o más actos si no media el matrimonio o la mayor edad de alguno de los hijos?

La redacción legal no ayuda a aclarar este problema. Nos inclinamos por admitir que pueda usarse el poder instituyendo en un acto distinto a cada uno de los hijos, siempre que al menos uno de ellos sea menor de edad.

Naturaleza del acto de disposición.

Debemos preguntarnos si el hecho de usar el poder testatorio en donación, capitulaciones o testamento hace al acto participar de la naturaleza de dichos negocios jurídicos, no solamente en el aspecto formal, sino en cuanto a sus efectos. Hay que precisar si se trata de un acto inter vivos o mortis causa, unilateral o bilateral, etc. Y la cuestión no es meramente bizantina, pues de que se adopte una u otra solución dependerá que se exija o no la aceptación, que el acto sea o no revocable, e incluso que produzca unos u otros efectos.

Siempre hemos creído que es una técnica errada la de encasillar las instituciones en tipos abstractos que son creación de la jurisprudencia de conceptos, porque lo cierto es que en cada caso podemos encontrarnos con peculiaridades que no se amolden a la clasificación elegida.

De aquí que entendamos en este caso, como en otros muchos, que el acto de disposición realizado por el comisario tiene una especial naturaleza y no se asimila a ninguna de las categorías técnicas establecidas de ordinario. Mejor que tratar de definir el acto por asimilación a una figura conocida, nos parece preferible tratar de precisar las características especiales del acto que estudiamos:

a) ¿Es unilateral o bilateral? En general se entiende que el testamento es un acto unilateral, una declaración de voluntad no recepticia, y por ello no exige el concurso de la aceptación para tener validez. En cambio, la donación, las capitulaciones, son actos bilaterales que exigen consentimiento, es decir, aceptación y conformidad de las partes.

Podría entenderse que si el comisario hace uso del poder en dona-

ción el acto es bilateral y, en consecuencia, no producirá efectos en tanto no medie la aceptación del heredero o legatario, mientras que es unilateral en el caso contrario.

La cuestión se planteó en la resolución de 1 de julio de 1920, en la que la Dirección General examinó una escritura otorgada por una viuda comisaria en donación a favor de su hijo de diez años, que comparecía aceptándola. La resolución declara que la escritura de donación en cuestión es un acto de disposición de cosa ajena, pero que la otorgante no reviste el carácter de donante, y "que por ser de naturaleza unilateral el acto en cuya virtud el comisario manifiesta la voluntad delegada del causante, no se rige por las reglas particulares de los contratos ni requiere la conformidad de la otra parte contratante, bastándole el natural complemento de la aceptación general de la herencia, que puede ser anterior, simultánea o posterior al acto o a la inscripción particional, y siempre independiente de ambos en cuanto a su forma jurídica".

La doctrina de esta resolución nos parece perfectamente válida después de la Compilación. Decía Lezón que cuando se otorga donación "no se trata de un otorgamiento unilateral" (18), y probablemente tiene razón; pero en cuanto al hecho concreto de si necesita la aceptación, la solución más razonable es la de que es innecesaria.

b) Irrevocable.—La donación, por su naturaleza, es irrevocable, mientras el testamento es revocable. Incluso la donación, si, como dice la resolución que antes hemos citado, es un acto unilateral, podría plantearnos la cuestión de si se trata también de un acto revocable.

No parece que haya existido una costumbre favorable a la revocación. La ley 35 de Toro la prohibía y el art. 34 del primer proyecto de Apéndice foral también.

Teóricamente habría que establecer qui si el poder testatorio se usa en donación es irrevocable, mientras en testamento será siempre revocable.

Lezón (19) citaba las opiniones de los autores catalanes y mallorquines que defendían la revocabilidad. En la actualidad el art. 19 de la Compilación de Baleares dice que "la atribución o distribución hecha por el distribuidor será revocable si se hace en acto de última voluntad y no lo será si se realiza entre vivos".

En cambio, en la Compilación catalana los actos de disposición son siempre irrevocables (art. 116, regla 4.ª, y art. 178, regla 4.ª).

Pero el mismo Lezón sostenía que parece lo más probable en Vizcaya que el fiduciario no pueda revocar el testamento en ningún caso.

La Compilación vigente resuelve el problema, con buen criterio a nuestro juicio, en el párrafo tercero del art. 19, ordenando que las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables.

(18) MANUEL R. LEZÓN: "Cuestiones que plantea el testamento por comisario en Vizcaya", en *Rev. Cr. D.º Inmobiliario*, 1946, pág. 303.

(19) *L. c.*, pág. 303.

En conclusión: el otorgamiento en donación o testamento es pura cuestión formal. El acto en sí mismo es siempre irrevocable.

c) Momento en que el acto produce sus efectos.—La donación es un acto inter vivos que produce efectos inmediatos. Previa aceptación de la herencia (no de la donación) el sucesor puede entrar en posesión de los bienes; el acto es inscribible y constituye un título válido de adquisición.

Pero el testamento es un acto mortis causa y no produce efectos en vida del otorgante. Por lo tanto, después de testar el comisario podría seguir en el uso de los bienes, incluso puede ocultar el testamento y los bienes continuarán sin partir. En este caso el heredero designado no disfrutará de los bienes hasta la muerte del comisario.

Esta situación es indefendible. El comisario aunque otorgue testamento no dispone de sus bienes, sino de los del causante; por ello se trata de un acto mortis causa, pero que debe producir efectos inmediatos, porque la muerte del testador se ha producido ya, y por lo tanto el heredero debe entrar inmediatamente en posesión de los bienes.

Pero esto plantea varios problemas:

1. Puede resultar difícil para el heredero conocer la existencia del testamento. Entendemos que debe registrarse en el Registro de Actos de Ultima Voluntad no a nombre del comisario, sino del causante, pero esto es difícil en el caso del cónyuge, que dispone de bienes propios. Además, como la Compilación no impone la forma notarial (que está aquí más justificada que en el otorgamiento del poder) podría hacerse uso del mismo en testamento ológrafo. En consecuencia, la consulta del Registro Central no descubrirá el testamento otorgado.

No obstante, entendemos que el comisario ha cumplido ya su encargo, y por ello ni se justifica ninguna retención de los bienes ni tiene derecho a ocultar su voluntad.

2. Tratándose del cónyuge, que puede otorgar testamento disponiendo de bienes propios y del premuerto, la cuestión se complica. ¿Ha querido la Compilación que este testamento solamente produzca efectos a la muerte del testador? Porque, de lo contrario, sería eficaz en parte inmediatamente y en parte tras la muerte, lo que no deja de ser sorprendente.

Pero el art. 48 de la Compilación declara que los bienes permanecerán en pro indiviso hasta que el comisario haga la designación de heredero, y no más. Por ello estimamos que, aunque el comisario sea el cónyuge, una vez otorgado testamento debe el heredero entrar en posesión de la herencia e incluso deberá el cónyuge-comisario permitir la apertura de su propio testamento en beneficio del heredero. Realmente sería necesario que la publicidad de este testamento en el Registro Central estuviera cuidadosamente regulada.

CONTENIDO DEL PODER

La ley 3.^a del título XXI del Fuero de Vizcaya no es muy explícita en orden a las facultades que pueden delegarse en el comisario. Pero, en cambio, el Fuero Viejo, del que la citada ley no era sino una aclaración o continuación, establecía de forma amplísima las facultades del comisario, porque los poderes se dan “para dar e distribuir e partir entre sus herederos todos sus bienes... como quisieren e por bien tovieren...”, y ordena que lo hecho por los comisarios valga “ansí como si el testador mesmo en su vida hobiere fecho e ordenado”.

Consecuente con este criterio dice la Compilación:

“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos” (art. 15).

Claro es que quien puede lo más puede lo menos, y el testador puede limitar las facultades del comisario:

“El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta ley.”

Si el poder no concreta las facultades, ha de entenderse que corresponden al comisario todas las que tenía el testador: distribuir los bienes, designar herederos y legatarios, ordenar sustituciones, etc.

En consecuencia, corresponde al comisario:

a) “La designación de heredero”, tanto en bienes troncales como no troncales, muebles o inmuebles. Podrá designar uno o varios herederos, simultánea o sucesivamente.

b) “La distribución de los bienes”, es decir, tanto puede el comisario instituir herederos universales como mandas o legados de cualquier especie sobre bienes concretos y determinados. La única limitación es que los bienes troncales deberá asignarlos a los herederos tronqueros y deberá respetar los derechos de los herederos legítimos. Los cuatro quintos de la herencia deberá distribuirlos entre herederos legítimos, conforme al art. 22 de la Compilación, pero con la libertad que concede al testador el art. 23.

c) Todas las demás facultades que correspondan al testador, que son variadísimas, pero por vía de enumeración señalaremos las siguientes:

1. Hacer apartamientos de herederos conforme al art. 23.
2. Imponer gravámenes y sustituciones dentro de los límites del art. 27, o sin límites si no hay herederos legítimos.
3. Hacer legados en favor del alma (art. 29), no excediendo del quinto.
4. Hacer la partición (art. 1.057 del C. C.), etc.

d) Podemos preguntarnos si corresponderán al comisario las facultades que reserva a los albaceas el art. 902 del C. C. Pero al llegar

a este punto se impone hacer una distinción entre el cónyuge y los demás comisarios:

Comisario-cónyuge.—El cónyuge nombrado comisario por el premuerto disfruta, no como comisario, sino por razón del régimen conyugal, de la representación y administración de todos los bienes mientras permanezcan indivisos (art. 48).

El cónyuge es el único representante de la herencia y a él le corresponde autorizar cualquier clase de actos en juicio y fuera de él. Como representante de la herencia está legitimado procesalmente para actuar en nombre de ella y podrá ejercitar toda clase de acciones. Asimismo podrá comparecer como demandado en representación de la herencia y las acciones habrán de dirigirse contra él y no contra los herederos presuntos. Ninguno de éstos, cuyo derecho se concretará cuando el viudo use del poder, tiene facultades para actuar en nombre de la herencia, ni siquiera en beneficio de la comunidad, porque el único representante de ella es el viudo.

Desde luego, no puede enajenar los bienes a título oneroso; pero en las ventas forzosas, por ejemplo en caso de expropiación, será quien pueda otorgar escrituras y defender los derechos de la herencia, si bien las indemnizaciones sustituirán a los bienes expropiados por subrogación real.

Tiene además facultades de administración, por lo que, como administrador y representante, es el único que puede ejercitar las facultades que el Código Civil señala a los albaceas en el art. 902.

Estos derechos del cónyuge no pueden ser alterados en el testamento, porque forman parte del régimen conyugal. Ni siquiera podrá el testador nombrar albaceas que asuman estas facultades que la ley reserva al viudo.

Comisario no cónyuge.—Si se trata de comisarios extraños habrá que tener en cuenta si vive o no el cónyuge del premuerto.

En vida del cónyuge, los comisarios no tienen facultades de representación ni administración, porque la Compilación se las atribuye con carácter exclusivo al viudo y forman parte del régimen conyugal.

Si el testador muere en estado de soltero o viudo la cuestión se hace más dudosa. La Compilación no asigna expresamente a los comisarios las facultades propias de los albaceas, ni siquiera la representación de la herencia. Es evidente que el testador puede asignárselas en el testamento, pero si no lo hace expresamente dudamos mucho que puedan desempeñar tales funciones. El art. 17 les concede las facultades que “al testador correspondan”; pero el testador no puede tener su administración y representación “post mortem”.

TIEMPO EN QUE HA DE USARSE DEL PODER

Llegamos a uno de los más arduos problemas que el testamento por comisario plantea en Vizcaya, el que ha dado lugar a más pleitos y que aun después de la Compilación sigue planteando cuestiones de difícil solución.

Se trata de fijar el período de tiempo dentro del cual el comisario puede hacer uso del poder.

El Fuero Viejo no señalaba plazo alguno, limitándose a declarar que valga lo que el comisario haga como si el testados mismo lo hubiere hecho.

La ley 3.^a del título XXI del Fuero Nuevo, en cambio, limitaba claramente el plazo:

En caso de que los herederos estén en edad de poderse casar “tengan los tales comisarios término de año y día para hacer la tal institución o instituciones”.

Pero si los hijos fueren de edad pupilar “los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo que los tales hijos o sucesores fueren menores de edad”.

Si nos fijamos en otras legislaciones, constatamos que en Cataluña el art. 115 de la Compilación no fija término al cónyuge fiduciario, por lo que el plazo es ilimitado. En Aragón, del art. 118 se desprende que el cónyuge tampoco tiene plazo, y, en cambio, si se designa a otros parientes “cualquier persona con interés legítimo podrá pedir señalamiento (del plazo) al juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión”.

La Compilación de Baleares (art. 18) tampoco fija plazo alguno. La Recopilación privada de Navarra, a la que más arriba nos hemos referido, tampoco señala plazo.

Vemos, pues, que la prórroga de los poderes testatorios, que tanto ha escandalizado a algunos, no es algo tan inusitado o anormal.

Entre los comentaristas del Fuero esta cuestión planteaba dos problemas: la fijación del día inicial del cómputo del plazo señalado en el Fuero y la posible prórroga del poder.

A) *Fijación del día inicial.*

“No hay unanimidad, dice Jado (20), acerca del día desde el cual ha de contarse el plazo. Para unos el año y día de que habla (el Fuero) comienza a correr desde el día en que los menores estén en edad de poder contraer matrimonio, doce o catorce años, según el sexo; para otros el poder subsiste por todo el tiempo que los sucesores fueren menores de edad, con más año y día.”

Desde luego, la ley foral incurre en contradicciones, porque en un lugar habla de “edad de poderse casar”, luego de “edad pupilar” y más adelante de “menores de edad”, expresiones que, como en otros muchos lugares, debían conducirnos a un menor respeto a los textos literales.

En el proyecto de Apéndice el art. 31 se refería simplemente a los menores de edad. Y la Compilación en el art. 19 dice que el plazo será de un año “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”.

(20) *L. c.*, pág. 270.

Tal como está redactada la Compilación puede ofrecerse la duda (que no suscitaba el Fuero) de si podrá el comisario usar del poder entre la fecha de la muerte del causante y la mayoría de edad de los hijos. Es indiscutible la contestación afirmativa.

B) *Prórroga del poder.*

El punto más debatido es el de si llegado el día puede el plazo legal ser prorrogado por voluntad del testador. El Fuero no lo prohíbe, pues la ley 3.^a del título XXI tiene carácter dispositivo y no imperativo.

La costumbre de prorrogar los poderes ha estado muy introducida en Vizcaya, según atestiguan todos los tratadistas, desde Hormaeche, Jado, Balparda, Solano a Lezón, Echegaray, Areitio, y posteriormente García Royo.

“Podemos concluir, decía Lezón (21), afirmando que aun en el caso de no hacer uso del poder testatorio dentro de los términos señalados en la ley escrita foral, el poder subsiste, máxime cuando expresamente se prorroga indefinidamente por el poderdante; prórroga cuya validez se halla avalada y confirmada por una costumbre cada vez más vigorosa.”

La sentencia de 19 de septiembre de 1863 había establecido que las leyes de Toro permiten la prórroga del poder testatorio.

Pero la costumbre foral fue combatida reiteradamente ante el Tribunal Supremo desde 1957, llegándose a declarar que “no puede legalmente el testador ampliar los plazos establecidos en la ley 3.^a del título XXI llegando a conceder al comisario todo el tiempo que tuviere por conveniente” (sent. de 30 de abril de 1957). “La expresión clara y terminante que se emplea en el Fuero, dice la sentencia de 17 de junio de 1957, excluye la idea de la prórroga.” Y en términos similares se expresan las sentencias de 19 de mayo de 1960 y 29 de abril de 1964.

Conviene recordar los argumentos esgrimidos en estas sorprendentes decisiones:

1.º La costumbre en Vizcaya, dice la sentencia de 19 de mayo de 1960, no tiene la prevalencia que en otras regiones forales y no podrá ser invocada como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales. La ley 3.^a del título XXI, añade, tiene un carácter imperativo.

En repetidas ocasiones hemos tratado de rebatir esta afirmación. La esencia del Derecho foral es consuetudinaria y así lo estiman con unanimidad los foralistas. La costumbre, decía Lezón (22), dentro de Vizcaya tiene una fuerza superior a la ley escrita, a la que se antepone.

(21) *L. c.*, pág. 305.

(22) MANUEL R. LEZÓN: “Cuestiones que plantea el testamento por comisario, regulado en el Fuero de Vizcaya”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1946, pág. 301.

El Derecho foral es consuetudinario y las leyes forales son simple recopilación de usos y costumbres.

2.º En algunas sentencias se niega la prórroga del poder testatorio por considerarla fundada en costumbre contra ley, “que sería preciso que hubiese sido reconocida e incorporada al Derecho foral antes de promulgarse el Código Civil” (sent. de 17 de junio de 1957). “Contra la ley no puede imperar cualquier Fuero anterior” y uso y costumbre que hasta aquí se hayan usado, guardado y acostumbrado, “siendo desde luego inadmisibles la prórroga por tiempo indefinido dada al comisario en el poder testatorio” (sent. de 29 de abril de 1964).

3.º Todo retraso en el percibo de la herencia impuesto por disposiciones legales ha de tener una interpretación restrictiva (sent. de 30 de abril de 1957). Y la sentencia de 17 de junio del mismo año se refiere al evidente quebranto que para los intereses de los herederos representaría una dilatada e indefinida prórroga en el ejercicio del poder.

Si entendemos que la finalidad de los poderes testatorios entre cónyuges es crear un poderoso derecho de viudedad, es claro que la prórroga no puede interpretarse como un simple retraso en la distribución de la herencia.

La doctrina anterior de los foralistas fue partidaria de la prórroga de los poderes testatorios, tan introducida en la costumbre.

Ya Vicario en 1901 consideraba la cláusula de prórroga del poder como normal y usual (23).

“En la tierra llana de Vizcaya, decía Jado (24), concurren circunstancias que aconsejan que el plazo sea prorrogable.”

De la misma opinión son Solano, Echegaray y García Royo. Podemos aducir en favor de su tesis una serie de argumentos.

1.º Pese a las afirmaciones jurisprudenciales, no hay razones para sostener que el Fuero prohibiera la prórroga del poder.

“El Fuero, según García Royo, no prohíbe la prórroga. Ni la prohibición encajaría en su sistemática, dada la finalidad que pretende: el juicio ponderativo, en el momento que se crea decisivo, de la mayor aptitud en la regencia doméstica del caserío, con la complejidad de la transmisión activa y pasiva, siendo muy secundario que la elección se haga dentro o fuera de plazo... La utilidad se amengua si se mantienen los plazos del Fuero escrito, si se tiene en cuenta que lo corriente es instituir sucesor en el caserío con ocasión del matrimonio, momento el más adecuado” (25).

En el Fuero Viejo no había limitación alguna de tiempo para el comisario. Por primera vez aparece el plazo en la ley 3.ª del título XXI del Fuero redactado en 1526, y muy bien puede tomarse esta norma como meramente interpretativa.

En el Derecho foral en general, y el de Vizcaya en particular, la

(23) NICOLÁS VICARIO Y DE LA PEÑA: *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, página 168.

(24) RODRIGO JADO VENTADES: *Derecho Civil de Vizcaya*, pág. 271.

(25) LUIS GARCÍA ROYO: *L. c.*, pág. 304.

libertad civil es la norma; la restricción, una excepción. “En virtud de la libertad civil, dice la ley 8 del proyecto de Compilación navarra..., las leyes se presumen dispositivas.”

El Fuero de Vizcaya es de albedrío (ley 3.^a, título XXXVI), es un Fuero de libertad, de respeto total a las decisiones personales, y no “de sotileza e rigor de derecho”. No existiendo una norma expresa de carácter prohibitivo, no hay razón para restringir el libre albedrío del testador.

Ni el Derecho aragonés, el navarro o el balear establecen un límite semejante. Ocurre en Vizcaya que al recurrir como medio de interpretación al Derecho de Castilla, y hoy al Código Civil, inspirado en principios muy distintos y aun opuestos, se llega a conclusiones incongruentes.

Es, al contrario, razonable sostener que la prórroga de los poderes testamentarios no es una costumbre contra la ley.

2.º Aunque lo fuera, esta costumbre constituye Derecho vivo que ha de ser aplicado. El Código Civil en su art. 12 respeta el régimen foral no sólo en cuanto al Derecho escrito, sino también al consuetudinario. Abandonar el Derecho existente y vivo para retornar a lo que se escribió en 1526 no es sólo una anomalía histórica, sino una burla al auténtico Derecho foral.

Hay que conceder, como dice Lezón (26), extraordinaria importancia a la realidad jurídica de este territorio, al Derecho vivo, aun cuando sea contrario al frío precepto legal.

3.º La interpretación contraria desconoce una de las razones fundamentales que justifican entre nosotros el poder testatorio, la concesión al viudo de amplias facultades y de una situación segura y estable.

“La realidad, sigue diciendo Lezón (27), avalada por una costumbre constante y uniforme, hace del viudo comisario un usufructuario universal y vitalicio, amén de un titular de disposición, solamente condicionada o limitada ésta por la indisponibilidad a favor de extraños y la obligación de disponer de los bienes entre el grupo legitimario, si bien dentro de este grupo goce el comisario de la más amplia libertad de distribución. Técnicamente, por lo tanto, hay que ver en esta institución dos aspectos: en el aspecto interno, una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; en el aspecto externo, una situación jurídica de titularidad de disposición condicionada, unida a un usufructo universal e ilimitado.”

4.º Por su parte afirma García Royo (28): “No sólo la prohibición sería ateleológica, sino inexplicable históricamente, porque la ley 3.^a del título XXI del Fuero de Vizcaya es una reproducción casi textual del Fuero Real (ley 7.^a, título 5.º, libro 3.º), después reformado por las leyes de Toro en sentido restrictivo para evitar fraudes y en-

(26) *L. c.*, pág. 301.

(27) *L. c.*, pág. 302.

(28) *L. c.*, II, pág. 304.

gaños; pero no en esta materia de prorrogabilidad admitida en la ley 33.”

En realidad la prórroga del poder sólo se ha puesto en discusión en fechas recientes. Hasta 1957 no encontramos la primera sentencia contraria del Tribunal Supremo. Hasta entonces hay innumerables testamentos y escrituras en que se utiliza, siendo plenamente aceptada por los presuntos herederos.

No puede ocultarse, no obstante, que en vísperas de la Compilación era éste uno de los puntos polémicos entre los juristas forales. Muchas sucesiones en Vizcaya se hallaban pendientes de una posible impugnación tras las sentencias de 1957 y podía esperarse que la ley compilada resolviera la cuestión.

Los artículos 30 y 31 de los proyectos de Apéndice se limitaban a transcribir la ley foral que establecía el término de año y día, sin plantearse el problema de la prórroga.

Pero el texto definitivo de la Compilación quedó así:

Artículo 19, párrafo segundo: “El testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo. Si no lo hubiera señalado, el plazo será de un año, contado 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.”

De este precepto se deduce:

1.º Que el plazo de que el comisario dispone es el que le haya señalado el testador. Teóricamente se puede conceder un plazo por toda la vida del testador o por ochenta años, lo que en la práctica es un término ilimitado.

Pero el Tribunal Supremo nos pone en guardia contra esta forma de prorrogar el plazo cuando en la sentencia de 29 de abril de 1964 declara que “el señalamiento de plazo, según el art. 19, tiene que referirse a un término concretado en el tiempo; mas prorrogándose por todo el tiempo de vida del sobreviviente de los otorgantes, ello equivale a una inadmisibles prórroga indefinida”.

Esta sentencia nos obliga a pensar en un plazo limitado. Literalmente el precepto legal se refiere al plazo en términos genéricos y sin ninguna limitación, y cuando el Código Civil se refiere a los plazos (art. 1.125 y s.), e incluso en la institución de heredero, no impone ninguna limitación (art. 805).

Existe plazo aun en el caso de que se ignore cuándo ha de llegar, si necesariamente ha de venir (art. 1.125), lo que evidentemente sucede en el plazo que abarca toda la vida.

La sugerencia que hace el T. S. en esta sentencia incide en la idea de romper con el sistema tradicional, que se sirve del poder para reforzar la viudedad. Hay que tener en cuenta, no obstante, que se trata de una afirmación ocasional, hecha a mayor abundamiento, y que desde luego no constituye doctrina legal. Ello hace esperar una posible rectificación en resoluciones posteriores.

No obstante, se ha introducido una grave duda y una nueva cues-

tión capaz de engendrar polémicas y litigios. Si el plazo ha de limitarse, ¿cuál será el plazo admisible?

El considerando de la sentencia que comentamos repudia la prórroga por toda la vida, pero es evidente que si se ordena un plazo de sesenta u ochenta años el efecto es el mismo. ¿Dónde colocar el límite?

Por otra parte, si la prórroga excede el límite admisible, ¿cuál será su valor? Reducir su efecto al límite legal de año y día no parece muy justo ni de acuerdo con la voluntad del causante, que quiso conceder el máximo posible. Nos inclinamos a entender que el plazo (si se insiste en su limitación) quede ampliado al máximo admisible, que es lo más conforme con la voluntad del testador.

Y si hay que marcar plazos, deberán ser muy amplios, no inferiores a los treinta años que en el Código se señalan para la usucapión o prescripción extintiva de acciones reales sobre inmuebles.

2.º No señalando plazo el testador, se entenderá que el comisario tiene un año para cumplir su encargo, “contado 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”.

Dados los términos imperativos del texto y los precedentes jurisprudenciales, hay que entender que es éste un plazo de caducidad, que no puede interrumpirse ni suspenderse. Nada importa la fecha en que el comisario tenga noticia del testamento, ni siquiera en el caso de que no llegue a enterarse del mismo dentro del plazo legal, porque éste corre fatalmente y cuando concluye, el poder testatorio queda caducado.

En cuanto a la extensión del plazo, se pueden presentar dos situaciones:

a) Que todos los presuntos herederos sean mayores de edad. En este caso el término es de un año a partir de la fecha de la muerte del testador. El cómputo del año se hará excluyendo el día del fallecimiento, de acuerdo con lo que es norma general en la computación civil (art. 1.130 del C. C.).

b) En el caso de que alguno o algunos de los herederos sean menores de edad y solteros, el plazo es de un año a contar desde la fecha del matrimonio del último, si lo contrae en menor edad, o, en otro caso, desde el día en que llegaron a la mayor edad.

¿Qué herederos hay que considerar en relación con este plazo; es decir, quiénes habrán de ser mayores o menores de edad? No lo aclara la Compilación, pero dado su texto creemos que no son solamente los hijos, sino también los demás herederos forzosos, incluso los colaterales tronqueros conforme al Fuero.

Es ciertamente anómalo hacer una tal extensión de la ley foral, que literalmente se refiere a “hijos o descendientes o profincos” (ley 3.ª, título XXI). Pero el art. 19 al referirse a los presuntos herederos nos obliga a pensar que cualquiera de los que deben ser designados o apartados con arreglo a ley, si permanece soltero y es menor, puede determinar la continuación del plazo.

Evidentemente hay que eliminar para el cómputo a los herederos puramente voluntarios o que sólo son llamados "ab intestato", pues lo contrario se aproximará a dejar el plazo al arbitrio del comisario.

Fallecimiento de todos los herederos de un determinado grupo.

Si después de la muerte del causante fallecen todos los herederos de un orden, por ejemplo, los hijos, ¿cuál será la situación del comisario?

Supongamos que un testador deja al morir dos hijos y ambos fallecen antes de cumplir su encargo el comisario, quedando como presuntos herederos los colaterales. El supuesto nos plantea dos cuestiones:

1.^a ¿Tiene el comisario facultades para elegir heredero entre los colaterales?

2.^a ¿De qué plazo dispone?

La función del comisario extraño (no del cónyuge) es designar heredero al causante y ha de atender para ello al momento de su muerte, en el que por imperativo legal sólo los hijos son llamados a suceder.

Si se le permitiera elegir heredero entre los colaterales sería tanto como disponer de la sucesión de los hijos fallecidos, de quienes no es comisario. Hay que entender que el comisario no puede elegir a los colaterales ni tiene por qué ampliar los plazos en este supuesto excepcional.

Si el comisario es el cónyuge, la respuesta debe ser distinta, pues no es un simple delegado para testar, sino que su situación es la de un fiduciario que puede diferir la elección de heredero. Nos inclinamos a creer que el cónyuge podría elegir heredero entre los colaterales haciendo uso del poder testatorio. En el caso de que no estuviera prorrogado, el plazo sería de un año y debería jugar la menor edad de los colaterales, pues se trata de elegir heredero capaz, lo que no se podrá determinar hasta la mayor edad.

Caso de heredero único.

No habiendo sino un heredero, las facultades del comisario se limitan a elegir sucesor en cuanto a la parte de libre disposición, es decir, el quinto de la herencia (art. 21).

En cuanto a los bienes troncales, carece el comisario de facultades para cualquier designación, ya que todos han de reservarse al tronquero único (art. 28).

En este supuesto carece de todo sentido la prórroga legal del plazo, por lo que entendemos que necesariamente ha de contarse desde la muerte del testador, aunque el heredero sea menor y soltero.

El heredero único dispondrá de la acción de petición de herencia en todo momento y aun cuando no se haya hecho uso del poder testatorio. No tiene que esperar que el comisario le designe heredero, pues es la ley la que directamente le llama. Y no sólo podrá pedir la partición, sino solicitar la declaración de herederos, pues es innecesario esperar que un acto puramente formal del comisario confirme la designación que directamente hace la ley.

DERECHO INTERTEMPORAL

El uso del poder testatorio prorrogado, tan introducido en las costumbres, fue habitual hasta que, a partir de 1957, el Tribunal Supremo comenzó a sentar la doctrina contraria a su validez.

Publicada la Compilación podría entenderse que hay una interpretación auténtica del texto foral y lo hecho en virtud de poderes prorrogados es válido, rectificando la doctrina anterior del Supremo.

Pero la sentencia de 19 de mayo de 1960 y más tarde la de 29 de abril de 1964 eliminaron esta esperanza al establecer que la doctrina del texto compilado no desvirtúa la anteriormente sentada por la Sala, ya que carece de todo valor retroactivo. Con ello se confirmaba la tesis de Astorqui (29), para quien había que distinguir dos supuestos:

1.º Si el comitente falleció antes de las cero horas del día 21 de agosto de 1959, hay que aplicar el plazo de un año y día, sin posibles prórrogas, aunque el poder se use con posterioridad a esa fecha.

2.º Si falleció después de las veinticuatro horas del día 20 de agosto de 1959, habrá de estarse al plazo que el testador señale al comisario, aun cuando el testamento fuera otorgado antes de dicha fecha. Además hay que tener en cuenta la doctrina de la sentencia de 29 de abril de 1964, contraria a la prórroga indefinida.

Como efecto de estas conclusiones hay en Vizcaya centenares de particiones de bienes hechas por comisarios hace muchos años que se encuentran en una total inseguridad, pues en cualquier momento podría pedirse la nulidad.

Frente a la posible acción de nulidad apenas cabe otra defensa que la alegación de la usucapión, es decir, la prueba de la posesión durante el tiempo exigido para la prescripción adquisitiva.

A efectos de esta usucapión se plantean varias cuestiones:

1.ª ¿Cuál es el momento inicial de la posesión? Según el art. 440 del C. C., "la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia". Podría entenderse que el designado por el comisario se beneficia de esta posesión civilísima, de este efecto retroactivo de su adquisición. Pero tal interpretación es ampliamente refutada.

La posesión civilísima del heredero no le permite, dice Espín Cánovas, adquirir el dominio por usucapión de los bienes hereditarios si no tenía la posesión efectiva de los mismos, por lo que cuando el heredero aparente es vencido por el verdadero heredero, no puede alegar en su favor la usucapión de los bienes hereditarios sobre la base de la posesión civilísima, que mientras no sucumbió a la "petitio hereditatis" del verdadero heredero le correspondiese. Aun sin entrar en otras interesantes cuestiones en tema de petición de herencia, es interesante resaltar que, según la jurisprudencia, la posesión civilísima no es apta:

(29) *L. c.*, pág. 104.

para la usucapión, ya que para este efecto se requiere una posesión real y efectiva, corporal (S. de 12 de abril de 1951) (30).

2.^a La designación hecha por el comisario, ¿es justo título para la usucapión? Si lo es, el heredero designado puede beneficiarse de los plazos de la usucapión corta, esto es, la de diez años respecto a inmuebles y tres en muebles (arts. 1.940, 1.955 y 1.957 del C. C.), siempre que tenga buena fe. En otro caso, los plazos son los extraordinarios de treinta años para inmuebles y seis para muebles.

El problema está en determinar si el título reúne las condiciones establecidas en los arts. 1.952 y 1.953 del C. C., especialmente si es un título verdadero y válido.

Se trata de un título putativo, esto es, tenido por válido sin serlo. Precisamente el caso del heredero aparente que descubre luego la falsedad o la revocación del testamento es el ejemplo más citado de título putativo. Para Puig Brutau (31) es discutible que este título no pueda servir para que la usucapión se produzca con plena eficacia.

También Castán, citando a Planiol y Ripert, pone en duda la insuficiencia del título putativo (32).

Estas vacilaciones doctrinales muestran que es difícil establecer conclusiones tajantes. Las ideas demasiado generales son siempre arbitrarias. Es preciso examinar y penetrar en las circunstancias de cada caso.

Como dice la sent. de 3 de febrero de 1961, la usucapión está concebida para subsanar el defecto o vicio que afecte a la facultad de disponer del transmitente; y esto supuesto, nada parece más natural que estimar título justo la transmisión operada por un comisario respecto del cual sólo años después de la transmisión se introduce la duda de si obró o no dentro de plazo.

En todo caso hay que considerar si la transmisión fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Porque "a los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito será justo título la inscripción" (art. 35 de la L. H.), y esta norma constituye una especie de presunción "juris et de jure", que no admite prueba en contrario.

Si hay inscripción, dice Bonet (33), existe justo título, no es que se presuma "juris tantum" su existencia, sino que la inscripción opera mientras subsista.

El art. 35 de la L. H., dice Castán, deroga la regla del art. 1.954 del Código Civil de que el justo título no se presume y ha de ser probado (34).

(30) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, pág. 75.

(31) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, pág. 206, nota.

(32) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español común y foral*, tomo II, volumen I, 10.^a edición, pág. 273, nota.

(33) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Código Civil comentado*, pág. 1556.

(34) L. c., pág. 282.

Y para Roca Sastre la inscripción equivale a justo título, y, por tanto, si hay inscripción existe justo título (35).

“La inscripción exime de la prueba de la existencia del justo título e incluso equivale al mismo”, según Espín (36).

En conclusión, hay que considerar que la inscripción del testamento otorgado por el comisario es un justo título para la usucapión, y si los plazos de la prescripción ordinaria transcurren durante su vigencia, la usucapión se consuma.

ACEPTACIÓN DEL PODER TESTATORIO

¿Es el comisariado un cargo voluntario o forzoso? Aunque razones de índole social pueden apoyar su obligatoriedad, el sentido liberal de nuestra legislación nos inclina a estimar que se trata de un cargo voluntario.

El comisario designado podrá aceptar o repudiar el poder. La aceptación, dice Astorqui, puede ser expresa o tácita. Y si se inclina por extender las normas que da en el art. 898 el Código Civil con ocasión del albaceazgo y considerar aceptado el cargo “si el designado no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo el fallecimiento del comitente” (37).

SITUACIÓN DE LOS BIENES RELICTOS

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 cuando hay poderes prorrogados.

“Ciertamente, dice Lezón (38), el comisario foral es un representante del poderdante, es su “alter ego”; pero también es algo más. Una ojeada por el derecho foral de otras regiones nos convencerá de esto. En Cataluña es costumbre muy frecuente que el marido instituya heredera vitalicia a su mujer... confiándole la facultad de distribuir los bienes entre los hijos de ambos y para que entre ellos nombre

(35) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.^a edición, tomo I, página 649.

(36) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho Civil español*, tomo II, pág. 164.

(37) *L. c.*, pág. 101.

(38) *L. c.*, págs. 299 a 302.

heredero al que tuviere por conveniente. Se trata de una costumbre "contra legem"; sin embargo, la jurisprudencia ha sancionado esta costumbre (sents. de 12 de diciembre de 1862 y 22 de octubre de 1864).. Si de Cataluña pasamos a Mallorca, nos encontramos en esta región con otra institución parecida a la catalana: el heredero distributario... Por último, en Aragón, además del testamento por fiduciario, admitido por el Apéndice, existe en la provincia de Huesca, según testimonios de Costa y otros tratadistas, la costumbre de encargar en capitulaciones matrimoniales el otorgamiento del testamento del cónyuge premuerto al cónyuge sobreviviente y los parientes más cercanos.. Como vemos, el testamento vizcaíno guarda gran semejanza con las instituciones citadas.."

"Después de lo dicho podemos concluir, añade Lezón, sentando la afirmación de que el poder testatorio vizcaíno, tal como se concibe y aplica en la práctica, consagrada por costumbre inmemorial y arraigadísima, se aparta notablemente de la ley escrita del Fuero, reproducción casi textual del Fuero Real, después reformado por las leyes de Toro en sentido restrictivo. En cambio, su similitud con las otras instituciones regionales es muy grande. La población rural de Vizcaya ve en el viudo un usufructuario poderoso, universal, sin limitación de facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración. El Fuero concede al viudo un usufructo temporal y limitadísimo..., pero la realidad, avalada por una costumbre constante y uniforme, hace del viudo comisario un usufructuario universal y vitalicio, amén de un titular de disposición solamente limitada o condicionada ésta por la indisponibilidad a favor de extraños y la obligación de disponer de los bienes entre el grupo legitimario, si bien dentro de este grupo goce el comisario de la más amplia libertad de distribución. Técnicamente, por lo tanto, hay que ver en esta institución dos aspectos: en el aspecto interno, una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; en el aspecto externo, una situación jurídica de titularidad de disposición condicionada, unida a un usufructo universal e ilimitado."

Por un procedimiento indirecto, de honda raíz consuetudinaria, el Derecho vizcaíno constituye un auténtico derecho de viudedad, que bien puede equipararse a la viudedad aragonesa, que en definitiva es también de origen consuetudinario. "La viudedad aragonesa, afirma Sancho Rebullida, tiene origen paccional y consuetudinario" (39).

Y Arregui nos dice que la fidelidad vidual navarra, al igual que la aragonesa, tiene un origen consuetudinario, lo que prueba con varios documentos (40).

Esta viudedad, similar a la de Navarra y Aragón, la logran los aforados a través del poder testatorio con prórroga. "Mientras no se hace uso de él y sea válido y vigente, dice García Royo, el viudo es:

(39) F. SANCHO REBULLIDA: "La viudedad en el Derecho Civil de Aragón", *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 756.

(40) JOSÉ ARREGUI GIL: *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, pág. 227.

un verdadero titular fiduciario de disposición. La viudedad excluye la partición de hecho. La mitad indivisa de este grupo (el de los herederos legítimos) es sólo una expectativa, mientras no se hace uso del poder: ya que si potencialmente todos pueden recibir todo o parte del as hereditario, no se actúa el derecho hasta aquel momento en que sólo será heredero uno, el más apto a juicio del fiduciario, quedando los otros apartados con la legítima individual, que es puramente simbólica" (41).

En ésta como en tantas otras instituciones vizcaínas la rutina ha preferido atenerse a la letra y enjuiciar la ley a la luz de los principios del Derecho romanizado, lo que ha llevado a conclusiones totalmente distintas a las que pudiera inspirar la tradición foral.

Los proyectos de Apéndice no tocan el problema. La Compilación puede considerarse muy superior a ellos, aunque no consigue salir de las ideas unificadoras.

Con arreglo a ella hemos de considerar las siguientes situaciones:

a) *Cónyuge-comisario.*

Si el comisario designado es el cónyuge viudo "los bienes permanecerán pro indiviso hasta que haga la designación. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal" (art. 48).

Se siguen de aquí las siguientes consecuencias:

1.º Los bienes permanecen en pro indiviso. Si hay hijos en el matrimonio, el pro indiviso se produce entre el cónyuge, que es dueño de una mitad, y los hijos, dueños de la otra. En realidad, esta segunda mitad no está asignada a nadie, su titular es indeterminado y depende de la elección que haga el viudo al usar del poder.

El viudo puede disponer de toda la herencia (e incluso de su mitad comunicada) mediante donación, testamento o en capitulaciones, nombrando uno o varios herederos, universales o particulares, y excluyendo a los demás hijos. Una seria limitación, no muy justificada, es la que establece el párrafo primero del art. 19, que obliga al comisario a formalizar su encargo en un solo acto.

Teóricamente, el viudo puede limitarse a designar heredero en la mitad de los bienes comunicados, en cuyo caso continuará la indivisión de los bienes hasta que cualquiera de los condueños solicite su partición. Es más habitual que el viudo disponga tanto de la parte del cónyuge premuerto como de su propia mitad.

Si no hay hijos, el viudo no es parte en la comunidad hereditaria, salvo si hubiese bienes de libre disposición, de los cuales le corresponde la mitad. El pro indiviso es hipotético, pues depende de la elección que haga el comisario. Si nombra un solo heredero, no hay ni ha habido indivisión.

2.º "El cónyuge viudo será el único representante de la herencia." Esta representación alcanza a la esfera civil y a la procesal, por

(41) L. c., III, pág. 55.

lo que el viudo podrá demandar y ser demandado en nombre de la herencia.

El viudo representa a la herencia en las relaciones civiles, contratos, actos de administración, reparaciones, etc., e incluso en las públicas, de Derecho administrativo y fiscal, expropiaciones, pago de impuestos, etc.

Esta representación la ostenta el viudo con el carácter de único representante, de forma que no cabe un albacea o un comisario extraño que la ostente. Ni siquiera los herederos presuntos, aunque obren colectivamente, tienen derecho alguno a representar a la sucesión, pues el art. 48 la asigna categóricamente al viudo, dando así a la viudedad un tratamiento que corresponde a su universalidad tradicional.

3.º El viudo es el administrador de todo el caudal. Podrá realizar las obras de conservación y reparación, contratos de arrendamiento, percepción de frutos y rentas, etc.

4.º Es lametable que la Compilación no complete el art. 48 concediendo expresamente al viudo el usufructo. Ni lo hace ni indica a quien corresponden los frutos, provocando una laguna legal.

Para colmarla parece natural recurrir al sentido interno del Derecho foral y a la costumbre, reservando al viudo el derecho a los frutos. Pero es de temer que prevalezca otra interpretación, ya que si aplicamos los principios del Código Civil el heredero designado adquirirá los bienes con efecto retroactivo y desde la fecha de la muerte del causante (arts. 440 y 661).

5.º ¿Podrá el viudo poseer bienes propios distintos de los incluidos en la herencia? Parece evidente que sí. Si el matrimonio se disolvió sin hijos, los bienes del viudo forman un caudal aparte, totalmente separado del patrimonio del causante y que incluye también la mitad de gananciales.

Si hubo hijos, los bienes de ambos están confundidos en una sola masa; pero, en primer lugar, el viudo puede tener adquisiciones lucrativas posteriores a la muerte de su cónyuge; en segundo término, le corresponden en exclusiva los frutos de su mitad comunicada, y, por último, son suyos los bienes que con su industria o trabajo adquiera en estado de viudez. Esta idea, aunque no con mucha claridad, puede deducirse del considerando tercero de la sentencia de 7 de enero de 1959.

También se desprende de esta sentencia la idea de que el comisario, "como todo gestor, viene obligado a rendir cuentas de su administración" (considerando cuarto).

6.º Los herederos forzosos, según Astorqui, se hallan asistidos del derecho de exigir al comisario la relación de los bienes relictos al fallecimiento del testador, es decir, el inventario y el avalúo de los mismos, que puede ser practicado extrajudicial o judicialmente (42).

Lezón, por el contrario, opinaba que hay un usufructo universal y

(42) L. c., pág. 105.

vitalicio de todo el patrimonio relicto, sin obligación de afianzamiento ni rendición de cuentas (43).

Esta parece la solución más ajustada a la naturaleza de la institución. La Compilación nada dice, y para rellenar la laguna cabe recurrir al rigorismo legal que nos conduce al Código Civil como supletorio o a la interpretación finalista de lo foral, que crea aquí una auténtica viudedad.

La admisión de inventarios, fianzas y rendiciones de cuentas desnaturaliza la institución foral, pero es de temer que logre prevalecer.

7.º Como consecuencia de su especial situación, el viudo tiene derecho a poseer los bienes hereditarios. Nadie puede disputarle tal derecho, pues no existe heredero hasta que él lo designe. En defensa de su posesión podrá valerse de los interdictos e incluso utilizar el interdicto de adquirir para iniciarla.

Comisario extraño viviendo el viudo.

Si el premuerto ha nombrado comisario a un extraño, el viudo conserva, a pesar de todo, la administración y representación de la herencia (art. 48), que no depende del régimen sucesorio, sino del sistema de comunicación de bienes y del régimen legal.

Aunque el supuesto es muy distinto y anómalo, parece que hay que aplicar todo lo que hemos expuesto en el caso anterior, si bien el cónyuge viudo, al no ser comisario, no puede designar heredero y depende siempre de una mano extraña que puede poner término a la situación de indivisión.

Comisario extraño no habiendo cónyuge sobreviviente.

En este caso los comisarios tienen las facultades que el testador les hubiere asignado. Conforme al art. 15, puede encomendarles cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión de la herencia.

El art. 17 dice además: "El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento, y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta ley."

Lo que no puede hacer en ningún caso el comisario es revocar el testamento del comitente en todo o en parte. Pero el art. 17 admite que el testador le autorice especialmente para esta revocación.

EXTINCIÓN DE LOS PODERES TESTATORIOS

El poder testatorio queda sin efecto, según Lezón (44), en los siguientes casos:

1.º Cuando el poderdante dispone de todos sus bienes inter vivos o mortis causa;

(43) *L. c.*, pág. 300.

(44) *L. c.*, pág. 304.

2.º Cuando expresamente revoca el poder, aun cuando sea dudoso que pueda revocarlo cuando se otorga recíprocamente;

3.º Cuando el matrimonio se disuelve sin descendencia;

4.º Cuando el comisario viudo contrae segundas nupcias;

5.º Cuando el comisario fallece sin haber hecho uso de sus facultades de elección de heredero o distribución de los bienes del premuerto, y

6.º Cuando transcurren los plazos señalados por el Fuero sin hacer uso del poder, salvo autorización expresa de prórroga indefinida.

Astorqui (45) expone otros supuestos, a saber: a), no aceptación del cargo; b), renuncia; c), remoción; d), muerte del comisario; e), incapacidad; f), caducidad del poder; g), cumplimiento de las funciones del comisario.

Por nuestra parte vamos a examinar separadamente estos supuestos:

a) Si el poderdante dispone de todos sus bienes o revoca el poder, es evidente que éste se extingue o no llega a nacer. La revocación debe cumplir las mismas solemnidades que el otorgamiento del poder.

b) Supone Lezón que el comisariado solamente debe funcionar en los matrimonios disueltos con hijos, pero después de la Compilación no parece defendible esta tesis, sostenida en 1946, y acaso la más acomodada a la mentalidad foral.

c) Si el comisario viudo contrae segundas nupcias pensaba Lezón que "debe quedar sin efecto el poder testatorio". El Fuero, añade, parco en la regulación de esta institución, no prevé esta contingencia, y la jurisprudencia guarda silencio sobre el particular. Sin embargo, por analogía que hemos visto existe entre el testamento por comisario y las otras manifestaciones consuetudinarias de la fiducia testamentaria, opinamos que están en lo cierto los que creen, como Pascual y Ruiz y Coll y Rodés, que en el caso de segundas nupcias del cónyuge fiduciario debe perder éste sus omnímodas facultades. La madre... que se vuelve a casar debe perder las atribuciones que se le han conferido... por demostrar... su dejación o apartamiento de la familia del primer matrimonio y cierta indiferencia hacia ella, incompatible con el interés que debe presidir la elección. Creemos que en materia tan delicada como es ésta... habrá que tener en cuenta la naturaleza del cargo de comisario, que por ser un cargo de confianza, que exige la más absoluta imparcialidad en quien lo ejerce, debe quedar sin efecto en el momento en que dicha imparcialidad pueda ser puesta en tela de juicio, o, mejor dicho, cuando exista un temor racional y fundado de parcialidad por la mutación de afectos que las segundas nupcias hacen presumible (46).

Nada dice la Compilación al respecto. Es una de tantas lagunas a rellenar, pero a falta de texto legal es difícil sostener la tesis de la

(45) *L. c.*, pág. 106.

(46) *L. c.*, pág. 304.

extinción del poder. Estimamos, no obstante, que este punto podría ser objeto de reflexión en la revisión, que cada vez se presenta como más necesaria, del texto de la *Compilación*.

d) Evidentemente la muerte y la incapacidad del comisario han de ser causa de extinción del poder, aunque nada diga la *Compilación*. Sin embargo, sería dudoso que la incapacidad que afecte tan sólo a la esfera patrimonial, como es la del pródigo o la del quebrado, puedan afectar a la vigencia de un poder testatorio.

e) Se extingue el poder por caducidad cuando se haya extinguido el plazo legal o voluntario concedido al comisario por el testador o por la ley.

f) Siendo el cargo voluntario, debe entenderse extinguido por la no aceptación o la renuncia, aunque ésta, dice Astorqui, exigirá justa causa, por analogía con lo que el art. 899 del Código Civil exige a los albaceas.

g) Supone Astorqui que es posible la remoción del comisario si observa una conducta dolosa o si incurre en negligencia grave. "Se olvida a veces, dice, que el comisario no es otra cosa que una especie de depositario y administrador." Como tenemos una idea muy distinta del comisariado, se nos hace difícil concebir la posibilidad de remoción.