

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad del País Vasco

# LAS FORMAS DE DESIGNAR SUCESOR EN BIENES. EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, DONACIÓN Y PACTO SUCESORIO
- III. EL ARTÍCULO 27 Y LA DESIGNACIÓN DE SUCESOR EN BIENES POR COMISARIO

## I. PLANTEAMIENTO

1. El art. 27 de la ley civil vasca –LDCFPV– señala el testamento, la ley, el pacto sucesorio, las capitulaciones matrimoniales y la escritura de donación como formas de designar sucesor en bienes<sup>1</sup>. Cumple este precepto, al igual que sus equivalentes en otros

---

1. Las alusiones a la sucesión y al sucesor en bienes son constantes en la LDCFPV. La fórmula parece traer causa por referencia al patrimonio troncal, de modo que originariamente se hablaba de sucesión y sucesor en bienes troncales (así lo hacen todavía los Proyectos de Apéndice de 1900 y 1928, *vid. infra*, not. 12). Sin embargo, la Compilación de 1959 universaliza las expresiones (el art. 11 hablaba de «*designación de sucesor en bienes sean o no troncales*») y las convierte en sinónimos de sucesión y sucesor *mortis causa*, línea que persiste en la actualidad.

Ahora bien, *sucesión en bienes* evoca e invoca el tradicional debate e intento de construcción dogmática en torno al significado y forma de operar de la sucesión *mortis causa*; y ello porque en el recurrente esbozo de dos tipos o sistemas sucesorios, procedente uno de la tradición romana y otro de la germánica, se ha tendido a identificar el llamado sistema romano con la idea de *sucesión en la persona* y el germánico con la de *sucesión en los bienes* (*vid.*, a modo de ejemplo y entre nosotros, lo señalado por CASTAN TOBENAS: «*La dogmática de la herencia y su crisis actual*», Madrid 1960, pgs. 24, 27, 29 y 81 –con abundantes referencias a la doctrina francesa–, y ROCA SASTRE: «*La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. II, pg. 423). Y precisamente en esta línea señala MONASTERIO («*Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*», Bilbao 1994, pg. 578), para el Derecho vizcaíno, que la «*sucesión en los bienes es una peculiaridad de nuestro Derecho, que nos acerca a los sistemas de corte germánico en los que existe una concepción patrimonialista de la herencia*».

ordenamientos, una función introductoria y sistematizadora para pasarse después a regular, por este orden, la sucesión testada, la *ab intestato* y los pactos sucesorios.

El que se señale como objeto de esta intervención las formas de designar sucesor en bienes no significa, sin embargo, que se vaya a acometer la exposición de las tres vertientes, testamentaria, intestada y contractual. La perspectiva de la que aquí se parte es mucho menos ambiciosa y más general pues, por lo que atañe a la aludidas formas, la pretensión se cifra en valorar la corrección del artículo 27 como precepto introductorio y globalizador. A este respecto, y no cabiendo, evidentemente, objetar nada a la mención al testamento, a la ley y a los pactos sucesorios, sí merecerá atención, y reproche, la referencia a las capitulaciones matrimoniales y a la escritura de donación porque, con el sentido en el que son traídas al texto legal, no procede su alusión diferenciada respecto del pacto. Y precisamente por ello, al tratar de esta cuestión, se habrá de incidir y se realizará alguna reflexión sobre ciertos aspectos de la regulación de la sucesión paccionada.

---

No se pretende aquí entrar a valorar la bondad o no de la invocación de un sentido patrimonialista de la herencia vizcaína de la que sería concreción tal sucesión en bienes; por más que no pueda dejar de señalarse que requeriría mayor explicación ese sentido patrimonialista, sobre todo en aras de hacerlo compatible con otra idea vertida también por MONASTERIO (ob. cit., pg. 325): «*La designación de sucesor tronquero conlleva la sucesión en el cargo. El sucesor tronquero ostenta, tanto en el plano público como en el privado, la representación de la familia, del apellido, del linaje*». Ahora bien, habrá de actuarse con gran cautela cuando de ese, supuesto e impreciso, sentido patrimonialista se quiera derivar consecuencias jurídicas no suficientemente explicitadas en la ley; y este podría ser el caso de que tal sentido se invocara para mantener, por ejemplo, la responsabilidad limitada del heredero vizcaíno (en la contraposición entre modelos sucesorios y en el esbozo, siquiera a nivel de planteamiento general, del teórico régimen jurídico de cada uno, tiende a vincularse la idea de sucesión en la persona con la responsabilidad ilimitada del heredero y la de sucesión en los bienes con la de una limitación de la responsabilidad). MONASTERIO (ob. cit., pg. 632) mantiene que la responsabilidad en el Derecho vizcaíno es *cum viribus*, y aunque al realizar esta afirmación prescinde de los aludidos sentido patrimonialista y sucesión en bienes, cabe pensar en la inspiración en tales ideas. Esa limitación de la responsabilidad, basándose directamente en el art. 28, 2 de la Compilación («*Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y con las raíces no troncales, y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes y raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía*»), se mantuvo por CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., pg. 47 y resulta silenciada por CELAYA, tanto respecto al mencionado precepto de la Compilación («*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*» –dirigidos por ALBALADEJO–, t. XXVI, Madrid 1978, pgs. 236 y ss.) como al actual art. 63 LDCFPV que en lo sustancial reproduce aquél («*Derecho Civil vasco*», Bilbao 1993, pg. 177 y «*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*» –dirigidos por ALBALADEJO y DIAZ ALABART–, t. XXVI, Madrid 1997, pgs. 264 y ss.). En la línea de entender que aquí nos encontraríamos sólo ante un orden de prelación para hacer efectivas las deudas de la herencia, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO: «*Panorama del Derecho de Sucesiones*», t. II, *Perspectiva dinámica*, Madrid 1984, pg. 489 –habla este autor de la posibilidad de aceptar la herencia puramente o a beneficio de inventario– y MARTÍN OSANTE: «*El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno*», Madrid 1996, pg. 713, not. 418.

No cabe la menor duda de que el legislador vasco puede establecer el régimen de responsabilidad por deudas que estime pertinente, pero me parece preocupante que esta cuestión, trascendental, no se aborde y pueda pretenderse buscar una solución distinta a la del Derecho supletorio en una más que imprecisa tradición histórica. Un sistema sucesorio se ha de caracterizar y definir fundamentalmente por referencia a los datos normativos legales, que son los que pondrán de manifiesto en lo sustancial la forma en la que el mismo se concibe y el modo en el que opera. Y esa plasmación no sólo es, en cuanto implica que las pautas y reglas de un sistema normativo se expliciten, una exigencia de racionalidad y seguridad jurídica, sino que en el caso de los Derechos civiles autonómicos se erige en condición de su asentamiento, pervivencia o desarrollo como sistema propio en la medida que se conjura el permanente «*riesgo*» de un fácil recurso al Derecho supletorio.

En general, la referencia a un modelo sucesorio «*tipo*» (que como tal es de construcción, en buena medida, teórica y que puede presentarse con perfiles excesivamente simplistas) suele realizarse para ofrecer un marco comparativo de contraste o para ubicar un concreto sistema en una «*tradición jurídica*». Ciertamente la tradición o los antecedentes históricos serán relevantes no sólo como elementos en la labor interpretadora sino a nivel normativo, indirectamente a través de su concreción en eventuales costumbres o, directamente, por su configuración como principios generales del Derecho (*vid.* art. 1.1 LDCFPV); siendo tal bagaje historicista todavía de mayor peso en los Derechos autonómicos, en los que, según doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo) sus «*principios informadores peculiares*» se han erigido en parámetro para definir el ámbito material de competencia de la Comunidad Autónoma en tema civil.

El sistema sucesorio vizcaíno y su evolución a lo largo del tiempo es acreedor de una profunda tarea investigadora (en esta línea es de resaltar el mencionado estudio de MONASTERIO, centrado en la práctica de la sucesión paccionada y su plasmación en documentos notariales de principios del siglo XIX) que aporte datos fidedignos y contrastados y contribuya a precisar los perfiles de una tradición jurídica que pueda desempeñar las funciones reseñadas. Ahora bien, ello no haría justificable ni deseable una situación en la que importantes cuestiones se dejaran sin pronunciamiento legal y hubiera por sistema de buscarse pautas de solución en tal «*tradición jurídica*»; máxime cuando la actuación legislativa, como es nuestro caso, se ha hecho esperar y es, además, reciente –y esto por mucho que esa actuación se califique en la propia Exposición de motivos de la LDCFPV como «*primera elaboración de nuestro Derecho*»–.

De otro lado, y habida cuenta de la posibilidad en el Derecho vizcaíno de ordenarse la sucesión bien por el propio causante o bien por un comisario, se reflexionará en torno a la virtualidad, en este último caso, del artículo 27; y, en concreto, será objeto de atención el extremo de si el comisario **debe** designar sucesor según las formas establecidas en tal precepto.

## II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, DONACION Y PACTO SUCESORIO

La regulación del pacto sucesorio y su aceptación clara y expresa como forma de ordenar la sucesión es una importante novedad de la LDCFPV. Como luego se verá, vigente todavía el Fuero Nuevo, la doctrina había dudado del carácter sucesorio de determinados acuerdos de ordenación patrimonial y, bajo la Compilación, fue objeto de debate la forma en la que encontraba en ella reflejo, en todo caso limitado, la sucesión paccionada.

Ahora el artículo 74, primero de los que se dedican a disciplinar los pactos sucesorios, señala, en consonancia con el 27, que se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública<sup>2</sup>. Adelantada ya una opinión negativa respecto de esta mención conjunta de las tres figuras, paso a continuación a justificar tal crítica.

I. En el sistema del Código civil las capitulaciones matrimoniales se conciben fundamentalmente<sup>3</sup> como un negocio ordenador del régimen económico matrimonial. Sin embargo, en los tradicionales Derechos forales, y en consonancia con un determinado modelo de organización familiar<sup>4</sup>, otro ha sido el significado de los capítulos; y ello porque, no contemplando sino secundariamente lo relativo al régimen económico, el conjunto de las estipulaciones tendía a regular el futuro, y la conservación, del patrimonio familiar, configurando lo que se ha dado en llamar una «*especie de carta o constitución familiar*»<sup>5</sup>. Así, contenido típico de éstas capitulaciones –de ordinario las del descendiente elegido para continuar en la casa y explotación familiares– era, además de lo relativo a la dote y donaciones *propter nuptias*, la designación sucesoria a favor de uno de los contrayentes, el otorgamiento recíproco entre éstos de un poder para ordenar la sucesión, y las reglas de la, en palabras de LACRUZ<sup>6</sup>, casi inevitable convivencia entre los padres y el hijo elegido y su cónyuge.

En este esquema familiar y patrimonial arraigaron los pactos relativos a la sucesión<sup>7</sup>, porque se erigieron en un instrumento de conservación del patrimonio familiar al satisfacer

---

2. A propósito del apartamiento, y aludiendo a las formas de deferir la sucesión, el art. 65 menciona igualmente las capitulaciones matrimoniales, el pacto sucesorio y la escritura de donación.

3. Ciertamente el actual art. 1325 permite, con carácter general, que en las capitulaciones consten «*cualesquiera*» disposiciones por razón del matrimonio. Y en esta línea, existían ya en el Código preceptos como los arts. 826 y 831, reflejo de la sucesión paccionada y que preveían la plasmación de la disposición en capitulaciones matrimoniales –preceptos que cuando menos teóricamente devinieron más operativos a partir del momento en el que se permitió el otorgamiento de capitulaciones constante matrimonio–.

4. Con una estructura familiar estrechamente vinculada a la casa y siendo sólo un descendiente el llamado a continuar al frente de la misma. *Vid.* LACRUZ, en LACRUZ, SANCHO, LUNA, RIVERO y RAMS: «*Elementos de Derecho Civil*», IV, *Derecho de Familia*, Barcelona 1990, pgs. 545 y ss. Sobre el real significado de «*familia troncal*», véanse, a modo de comentario general, las interesantes observaciones de DELGADO ECHEVERRÍA: «*Propiedad troncal y patrimonio familiar*», en *Jornadas internacionales sobre instituciones civiles vascas*, Bilbao 1991, pgs. 48 y ss.

5. LACRUZ, *ob. cit.*, pg. 545.

6. *Ob. cit.*, pg. 545.

7. Tratándose generalmente de pactos de institución. Los acuerdos relativos a la sucesión –genéricamente, pactos sucesorios– pueden ser muy diversos: pactos propiamente de institución (bien mutuos, sólo a favor de uno de los otorgantes o incluso a favor de un tercero); pactos de exclusión o renuncia o, incluso, relativos a la herencia de un tercero. Rechazado en general el último supuesto, muchos ordenamientos han recogido y recogen, con mayor o menor intensidad, las otras variantes, que tienen como elemento común el de ser un *acuerdo ordenador de la sucesión de uno de los otorgantes*, si bien es evidente que en cada caso es muy distinta la virtualidad ordenadora y reguladora. En un caso el acuerdo irá dirigido directamente al nombramiento de heredero o legatario (de ordinario suele considerarse que sólo tratándose de estos pactos de institución estamos ante la denominada sucesión contractual) y en otro a la exclusión en la sucesión.

comprensibles aspiraciones e intereses: al instituyente le permite recabar la colaboración del instituido, generalmente para afrontar una explotación, teniendo éste la certeza de que esa colaboración no iba a ser en vano pues ya estaba designado sucesor<sup>8</sup>. No es de extrañar por ello que la institución contractual, de un lado, se aceptara, con mayor o menor extensión, incluso en territorios fuertemente romanizados y que, de otro, casi siempre se limitara a la familia y, al tener como habitual presupuesto el matrimonio –dado su carácter de circunstancia desencadenante de un profundo cambio familiar–, se integrara en los contratos matrimoniales<sup>9</sup>.

Como ha puesto de manifiesto MONASTERIO<sup>10</sup>, en un exhaustivo e interesante análisis de escrituras otorgadas entre 1823 y 1833, también en Vizcaya la designación sucesoria se incluía en las capitulaciones como una parte fundamental de las mismas, configurándose de este modo un pacto sucesorio. De ahí que pudiera decirse que *en o por* capitulaciones matrimoniales cabía designar sucesor en bienes<sup>11</sup>. Idea que, recogida por los Proyectos de Apéndice<sup>12</sup>, se plasmó en la Compilación de 1959<sup>13</sup> y continúa presente en la LDCFPV. Es ahora, sin embargo, cuando la misma, al expresarse en el contexto de los artículos 27 y 74, resulta criticable.

Ello se debe a que acogiéndose ya, como categoría legal, la genérica y abstracta de pacto sucesorio, es esta figura, y sólo ella la que debería ser mencionada en el artículo 27, junto al testamento y a la ley, como forma de designar sucesor en bienes. El hecho de que el pacto se contenga o incluya en capitulaciones, y pueda incluso erigirse en uno de los elementos centrales de las mismas, no altera la circunstancia de que la designación sucesoria tiene lugar en virtud de ese pacto y no *por* capitulaciones (art.27) o *mediante* capitulaciones (art.74)<sup>14</sup>. Por ello, en sede de disposiciones sucesorias, y en particular de las relativas a los pactos sucesorios, la referencia a las capitulaciones matrimoniales debería, en todo caso, haberse realizado a propósito de la forma<sup>15</sup>.

Además de estas observaciones, que podrían calificarse de técnicas, cabe además realizar aquí otro tipo de consideraciones. Si bien resulta difícil hacer un pronóstico sobre la aceptación social del pacto sucesorio y los intereses a los que pueda dar satisfacción, en la LDCFPV esta figura cobra una amplia dimensión porque, en mi opinión acertadamente, no se vincula conceptualmente a la idea de matrimonio y de familia –aunque esas realidades estén muy presentes en la regulación–; así, reconociéndose un mayor ámbito a la autonomía privada, se convierte plenamente en otra posible forma de ordenar la sucesión a través de la

8. LACRUZ, en LACRUZ y SANCHO: «Derecho de Sucesiones», I, Barcelona 1971, pg. 731.

9. El *favor matrimonii* se suele aludir como un factor que impulsó el asentamiento y aceptación de estas figuras en zonas romanizadas (PUIG FERRIOL: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» –dirigidos por ALBALADEJO–, t. XXVII, vol. 2, Madrid 1978, pg. 102).

10. Ob. cit., pgs. 211 y ss. Las escrituras, quinientas una en total, son, en su mayor parte, capitulares pero también las hay de donación.

11. Como ya se ha dicho (*vid. supra*, not. 1) esta expresión ha estado ligada al patrimonio troncal hasta que la Compilación de 1959 la generaliza como sinónima de sucesor *mortis causa*. Por ello, para los bienes no troncales, se utilizaban otros títulos sucesorios (*vid. MONASTERIO*, ob. cit., pgs. 311 y ss.).

12. Art. 14 del Proyecto de 1900: «La institución de heredero o sucesor en todos los bienes troncales o parte de ellos podrá hacerse por testamento, manda, legado o donación *mortis causa*.

También podrá hacerse el nombramiento de sucesor tronquero en escritura de dote o capitulaciones matrimoniales o por donación *inter vivos* (...).

Art. 13 del Proyecto de 1928: «La institución de heredero sucesor de todos los bienes troncales o parte de ellos podrá hacerse por testamento o donación *mortis causa*.

También podrá hacerse el nombramiento de sucesor tronquero en escritura de dote o capitulaciones matrimoniales, o por donación *inter vivos* (...).

13. Artículo 11: «La designación de sucesor en bienes sean o no troncales, deberá hacerse por testamento, capitulaciones matrimoniales, escritura de dote y donación».

14. O de que la sucesión se defiere por pacto sucesorio, y no, como señala el artículo 65, en capitulación matrimoniales, pacto sucesorio o escritura de donación.

15. Lo que no era tampoco estrictamente necesario, porque, a este propósito, hubiera sido suficiente una genérica exigencia de escritura pública. Pero, y siempre en línea de elucubración, dado que la LDCFPV no regula sistemáticamente las capitulaciones matrimoniales y por tanto sólo establece de modo disperso el posible contenido de las mismas, la mención a las capitulaciones –que han de constar en escritura pública, art. 93.1–, como una especificación de la referencia a la escritura pública, hubiera dejado claro que el pacto podía constar también en una escritura de capitulaciones.

voluntad, posibilitando que se den cauce a todo tipo de intereses a los que les convenga la vinculación que el pacto implica –precisamente por ello hubiera sido interesante que, en la línea de lo establecido en el art. 13, se hubiese abierto la posibilidad de utilizar este mecanismo también a los vizcaínos no aforados–. Sin duda, y en perspectiva tradicional, el pacto sucesorio –sea con eficacia transmisiva de presente o sin ella, *vid.* art. 74– es susceptible de ser un buen instrumento para asegurar la continuación de una explotación familiar, pero más dudoso me parece que, de cara al futuro, vaya a existir una vinculación cuantitativamente significativa entre los pactos sucesorios y las capitulaciones matrimoniales; y esto se señala tanto por lo que respecta a los casos en los que el objeto del pacto sea la aludida explotación familiar como, y con mucho más razón, cuando estemos hablando de otro tipo de bienes.

Las capitulaciones en las que se integre el pacto, podrán teóricamente ser las del instituyente o instituyentes o las del instituido. En el primer caso se trataría bien de instituciones entre los propios otorgantes de las capitulaciones o a favor de terceros –por ejemplo, los hijos y descendientes– y en el segundo supuesto, que ha sido el tradicional y en el que generalmente se piensa, nos encontraríamos con que el instituyente concurre a las capitulaciones para realizar una designación sucesoria a favor de alguno de los otorgantes. ¿Por qué conectar, sin embargo, la satisfacción de los intereses que pueden subyacer en cualquiera de estas situaciones, y a las que el pacto atiende, a las capitulaciones matrimoniales?. No siendo tal conexión una exigencia formal del sistema de la LDCFPV, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho catalán, y pudiéndose por tanto realizar pactos sucesorios en escritura pública, la vinculación entre pacto y capitulaciones en buena lógica únicamente –y no de forma necesaria– habrá de producirse cuando la designación venga determinada por el hecho del matrimonio. En estos casos cabe quizás, sobre todo si trata de la designación en una explotación familiar y hay eficacia traslativa de presente con pacto de comunidad de vida o reserva de usufructo –me estoy ahora refiriendo por tanto a la institución a favor del que contrae matrimonio–, que se resuciten las tradicionales capitulaciones forales entendidas como constitución familiar; pero tampoco parece improbable, y esto dependerá de la práctica notarial, que ello se reconduzca sin más a la idea de pacto. Idea a la que parece todavía más lógico que se recurra en los demás supuestos, que teóricamente pueden ser muchos. Y es que existiendo la posibilidad de realizar un pacto sucesorio en escritura pública no es necesario recurrir a unas «capitulaciones» con contenido predominante o exclusivamente sucesorio. Por eso resulta hoy anacrónica la Exposición de Motivos de nuestra ley cuando señala que «*el caso más importante de sucesión pactada es..el que se establece en capítulos matrimoniales..*».

Para terminar, y volviendo a las precisiones técnicas, puede resultar ilustrativo, y ser un interesante elemento de contraste, el ya mencionado Derecho catalán. En el mismo, y a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, los heredamientos continúan circunscritos exclusivamente al ámbito matrimonial, en el sentido de que el matrimonio, sea de los instituyentes o sea de los instituidos, se erige en una suerte de presupuesto, y pueden establecerse sólo en capitulaciones matrimoniales (art.67 del Código de Sucesiones –CS–); sin embargo, con carácter de principio general se dice en el artículo 3 CS que la sucesión se defiere por heredamiento, por testamento o por lo dispuesto en la ley.

II. De orden algo distinto es el fundamento de la crítica ya vertida respecto a la alusión a la escritura pública de donación, en el artículo 27, y a la donación, en el artículo 74, para designar sucesor en bienes o disponer la sucesión en bienes. Ciertamente es que he señalado que las capitulaciones y la donación, en el sentido en el que son traídos a estos preceptos de la ley, no son algo que merezca mención diferenciada respecto del pacto sucesorio; pero ello, y adelanto una idea en la que se insistirá con cierta reiteración, se ha de entender de diversa forma para cada una de las figuras. Así mientras que las capitulaciones son el negocio al que acompañan o el negocio complejo en el que se integran –y en ambos casos, y desde una perspectiva formal, es en la denominada escritura de capitulaciones donde se manifiestan válidamente las voluntades integrantes del pacto–, lo que ocurre con las «donaciones» a las que se alude en la ley es que éstas *son* un pacto sucesorio; de ahí el sentido del artículo 76, recogiendo una norma legal de interpretación, reflejo de una

tradicional relación entre fórmulas donacionales y sucesión paccionada: «*La donación 'mortis causa' de bienes singulares se considera pacto sucesorio y también lo será la donación universal 'inter vivos', salvo estipulación en contrario*».

Si tales donaciones se estiman un pacto sucesorio y éste se recoge ya como categoría general y abstracta, no procede la acogida específica de la donación como forma de designar sucesor en bienes. La razón de la criticada mención, también presente como luego veremos en la Compilación, probablemente radique en una toma en consideración, demasiado al pie de la letra, de determinados referentes históricos; y, en concreto, de dos extremos estrechamente relacionados entre sí: la tradicional presencia de la donación en los acuerdos ordenadores y que los mismos se recogieran no sólo en escrituras de capitulaciones sino también en «*escrituras de donación*»<sup>16</sup>. Así parece apuntarlo, además, la Exposición de Motivos de la LDCFPV cuando, después de señalar como el caso más importante de sucesión pactada el que se establece en capítulos matrimoniales, añade «*..pero también es frecuente en escritura de donación, y así se recoge..(artículo 74)*». Obsérvese por cierto que se cita el artículo 74 –que habla de donación– y no el 27 que es el que se refiere específicamente a la escritura de donación.

Las fórmulas donacionales, han sido una constante en la evolución de la sucesión paccionada, bien porque en muchos Derechos peninsulares la institución sucesoria pactada ha estado a menudo acompañada (si no enmascarada) por transmisiones –donaciones– de presente<sup>17</sup>, o bien porque, en general, en las donaciones para después de la muerte pueda verse un lógico precedente del pacto sucesorio como figura abstracta. A tales fórmulas se ha recurrido en el Derecho vizcaíno **tanto en los acuerdos recogidos en contratos matrimoniales como en los plasmados en escrituras de donación**. Así en los estudios de MONASTERIO, se pone de manifiesto el recurso a la idea de la donación *inter vivos*<sup>18</sup> para lograr una eficacia de presente a favor del designado en el pacto sucesor tronquero, si bien el régimen de la titularidad está tan fuertemente modulada que ésta sólo devendrá plena a la muerte del disponente<sup>19</sup>. En manifestación de esta autora, ese modelo –y por supuesto el que establece la posibilidad de disponer sólo a título sucesorio, con eficacia, por tanto, exclusivamente *post mortem*– representa una evolución respecto de la donación universal *inter vivos* con carga de alimentos recogida en el Fuero Nuevo<sup>20</sup>, que no llevaba aparejada la atribución de un título sucesorio, si bien dada la limitación y eventualidad de los efectos que producía tal donación en vida<sup>21</sup>, apuntaba hacia un carácter sucesorio pues era a la muerte del donante cuando la disposición producía plenos efectos. En la época analizada, sin embargo, todavía se encuentran algunas casos en los que se utiliza la donación universal, sin atribución de título sucesorio, para disponer del patrimonio troncal<sup>22</sup>, si bien en la mayoría de los casos esa «*donación universal*» se ciñe al patrimonio mueble<sup>23</sup>

16. En las que, como pone de manifiesto MONASTERIO (ob. cit., pg. 641) «*.. se dispone de la herencia mediante pacto con el elegido, presentando semejanza su instrumentalización con la otorgada en el contrato matrimonial, tanto por los títulos de disposición empleados como por las cláusulas que le acompañan*»

17. En ellas a menudo se ha visto un intento de eludir la prohibición de pactos sucesorios del Derecho romano (para el Derecho catalán y balear, LACRUZ en LACRUZ y SANCHO, ob. cit., pgs. 733 y 742). Este autor (loc. cit., pg. 731) señala, además, que «*ni al amparo de la libertad de testar han existido –salvo casos aislados– contratos puros de institución de herederos o legado hasta época relativamente reciente, habiéndose inspirado igualmente la práctica de los territorios cuyo Derecho proclama aquella libertad en patrones romanizantes, merced a lo cual las semejanzas entre las formas jurídicas de las diversas regiones son notables*».

18. «*Hacen elección de subcesor Tronquero y donación pura, mera, perfecta, intervivos e irrevocable por causa honerosa de matrimonio.. de la expresada casa y casería solar e Infanzona y todos sus pertenecidos...*», en ob. cit., pg. 322.

19. Tal modulación se produce bien a través del establecimiento de una comunidad de vida o pacto de asociación entre instituyentes e instituidos (esta comunidad se establece también para otros casos distintos del de nombramiento de sucesor tronquero y donación *inter vivos* del patrimonio troncal, al respecto véase MONASTERIO, ob. cit., pg. 397), bien a través de la reserva de usufructo (*ibidem*, pgs. 461 y ss.), pudiendo, además, coincidir las dos figuras.

20. FN 17,8; 20, 13 y 17; 23, 1 a 3.

21. Reversión para el caso de premerencia, revocación por incumplimiento de cargas, indisponibilidad de los bienes, inenajenabilidad e inembargabilidad, ob. cit., pgs. 91 y pg. 643.

22. MONASTERIO, ob. cit., pgs. 261, 267 y 271; sobre la modulación de los efectos de la donación, en vida del donante, *vid.* pg. 270.

23. MONASTERIO, ob. cit., pgs. 261 y 272 y ss.

pudiendo tener eficacia de presente y/o *post mortem*. Por último, con diversas fórmulas pero recurriendo a la idea de donación, con eficacia de presente y/o *post mortem*, se realizan disposiciones a título particular de bienes muebles que, a menudo y en la línea que se viene señalando, apuntan un cariz «*sucesorio*»<sup>24</sup>.

Parece lógico, pues, desde una **perspectiva formal**, que de no constar en escritura de capitulaciones –lo que era la regla general–, estos «*pactos*», **integrados** por fórmulas donacionales o **revestidos** de las mismas, se documentaran o plasmaran en «*escrituras de donación*». Y, **desde un punto de vista sustancial**, resulta comprensible también que, a falta de un concepto de pacto sucesorio, esa llamada donación apareciera como negocio ordenador.

Así en los Proyectos de Apéndice –art. 14 del de 1900 y 13 del de 1928<sup>25</sup>– se hablaba de la posibilidad de nombrar sucesor en los bienes troncales por donación *mortis causa* o por donación *inter vivos* y en el artículo 11 de la Compilación<sup>26</sup> de la designación de sucesor en bienes –sean o no troncales– por escritura de donación. Ideas<sup>27</sup> que, ya extemporáneamente, continúan evocándose, en su vertiente formal (art. 27 28) y sustancial (art. 74) en la LDCFPV. Y es que las relaciones entre donación y ordenación de la sucesión y la procedencia o no de señalar la primera como forma de realizar la segunda, es algo que en la actualidad había de determinarse a la vista del sistema establecido por la propia ley y no por incorporación mimética de referencias y esquemas pretéritos; error, éste, en el que la misma ley termina incurriendo.

En la regulación actual, cuando se hace alusión a los pactos de institución con trasmisión actual de bienes (art. 74<sup>29</sup>), se elude toda referencia a la donación –y recuérdese que el origen de la figura a la que nos referimos está en la práctica de realizar, junto con la designación sucesoria, una denominada donación *inter vivos* para lograr aquel efecto–. A pesar de ello, quizás quiera verse la adquisición de presente como consecuencia de una donación implícita en la regulación legal y coligada –de suerte que la donación se entienda realizada en función del mismo– a un pacto sucesorio «*propriadamente dicho*». Aunque podría, mejor, pensarse en un pacto con un doble contenido y efecto: por un lado, la designación sucesoria que, como tal, sólo tendría virtualidad *post mortem*; y, por otro, una atribución patrimonial de presente –con efectos, por tanto, *inter vivos*–, sobre la que, sin embargo, planea una clara perspectiva *mortis causa*. Y no me refiero sólo a las limitaciones derivadas del artículo 77, sino al modo en el que sobre la adquisición repercute el que finalmente se produzca una sucesión *mortis causa*: si el designado premuere al instituyente –sin descendencia en el caso del art. 83– revertirán a éste los bienes. De otro lado, la aludida perspectiva *mortis causa* será determinante a la hora de resolver una cuestión

24. Vid. MONASTERIO, pgs. 351 a 353 y, especialmente, 355 ss.

25. Vid. *supra*, not. 12.

26. Vid. *supra*, not. 13; véanse, también, los arts. 30, 38 y 39.

27. El recurso a la donación *inter vivos* –con entrega de bienes de presente–, ha despertado no pocas perplejidades en la doctrina, en el sentido de estimar que no se podía hablar de actos de ordenación *mortis causa*. Así JADO («*Derecho Civil de Vizcaya*», 2.ª ed., Bilbao 1923, pgs. 219 y ss. y 291 y ss.) criticaba, no considerándolo acorde al Fuero, la posibilidad de nombramiento de sucesor a través de donación *inter vivos* como preveía el art. 14 del Proyecto de 1900 –rechazo que parece fundamentar en que la sucesión opera después de la muerte y no puede darse en virtud de un acto que produce efectos adquisitivos *inter vivos*; de otro lado, al estimar que el acto *mortis causa* es siempre revocable, señalaba que la práctica, que conocía, de unir donación con institución sucesoria y apartamiento debía ser considerada como disposición revocable–. Y, ya refiriéndose al art. 11 de la Compilación, CELAYA («*Comentarios...*», 1978, cit., pgs. 129 y ss.) mantuvo que la donación, incluso con designación de heredero, era un acto *inter vivos* que no cabía encuadrarse en los pactos sucesorios; si bien este autor señalaba igualmente que los genéricos términos del art. 11 podrían dar cabida a un auténtico pacto sucesorio –autenticidad que parece cifrar en la producción de efectos *post mortem*–.

Sin embargo, el carácter de acto de ordenación *mortis causa* fue defendido por GARCÍA ROYO («*Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas*», t. II, Vitoria 1952, pg. 278), cifrándolo en que los efectos del acto se condicionaran a la pervivencia del causahabiente.

28. La mención a la escritura en este precepto tiene la virtualidad de dejar fuera de duda que, para la consideración de determinadas «*donaciones*» como pacto sucesorio, se requiere su plasmación en escritura pública, y ello con independencia del carácter, mueble o inmueble, de los bienes.

29. «*Los otorgantes podrán, asimismo, ordenar la trasmisión actual de todos los bienes presentes, o parte de ellos, o bien diferirla al momento de la muerte*».

inexplicablemente obviada en la ley: los derechos de eventuales acreedores<sup>30</sup>. Y no se olvide, en fin, que la transmisión de presente en el marco de este acuerdo persigue lograr una virtualidad patrimonial no totalmente asegurada como efecto de la designación sucesoria<sup>31</sup>.

Ahora bien, tanto se piense en clave de pacto con doble efecto o de donación coligada con pacto sucesorio, el adquirente de presente **no es un sucesor en vida porque el fenómeno sucesorio se produce por el hecho de la muerte y después de la muerte**<sup>32</sup>. Por eso, aunque se hablara de una eventual donación, la misma nunca sería una forma de designar sucesor en bienes.

Se hace evidente, por tanto, que **la actual persistencia en nuestra ley de la relación entre donación y pacto no se debe a la figura a la que acabamos de referirnos, sino a que, como establece el artículo 76, determinados negocios, aún denominándose donaciones –y realizándose, por tanto, las declaraciones de voluntad en «escritura de donación»– se estiman pactos sucesorios**. Así ocurrirá cuando se realice una donación universal, de bienes presentes y futuros, y no haya estipulación en contrario, o cuando la donación de bienes singulares sea *mortis causa*. La consideración de la donación universal como pacto sucesorio –en realidad, y tal y como acabamos de ver, no sólo entraña una designación sucesoria– determina que aunque no se verifique expresamente tal designación, el «donatario» queda instituido como un sucesor universal *mortis causa*; e implica también que la titularidad derivada de la transmisión actual de los bienes existentes en ese momento<sup>33</sup> en el patrimonio del «donante» –se habla de donación *inter vivos*<sup>34</sup>–, viene sujeta al régimen del artículo 77 y podrá decaer en caso de revocación (art. 79) o de resolución (art. 80) de la designación. En cuanto a la donación *mortis causa* de bienes singulares, su caracterización como pacto le coloca, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos<sup>35</sup>, en un plano netamente sucesorio, entre cuyas consecuencias cabe remarcar aquí la de la irrevocabilidad (o, mejor dicho<sup>36</sup>, la revocabilidad propia del pacto sucesorio)<sup>37</sup>.

30. Acreedores bien del designado o bien del instituyente. Este tema que, enunciado con tanta generalidad, se puede plantear tanto en vida del instituyente como tras su muerte, puede presentar una rica casuística que aquí no procede abordar; pero sirva un botón de muestra: ¿caso de acogerse el designado al beneficio de inventario, los bienes donados se consideran, a efectos de la figura, como bienes de la herencia?. La respuesta afirmativa parece imponerse –en el mismo sentido, para los ordenamientos cumulativo y mixto, el art. 86 CS–.

31. Según el art. 78.2, si no se ha previsto la transmisión de presente, el instituyente puede disponer de los bienes a título oneroso.

32. Deben evitarse, por tanto, expresiones como «heredero en vida» o «heredero de presente» que, si bien pueden resultar gráficas y responder a intuiciones populares, no dejan de ser difícilmente defendibles en lo jurídico. Y ello aunque, como ya se ha visto, sobre la adquisición de presente planea una clara perspectiva *mortis causa* y sea una labor pendiente el perfilar cómo se imbrican los efectos de la adquisición de presente y la sucesión.

33. Respecto de los que el «donante» adquiera con posterioridad, la consideración como pacto sucesorio aconseja la aplicación del mismo criterio que operaría en el caso de un pacto de institución con transmisión actual de todos los bienes presentes; criterio que, en buena lógica, ha de ser el de limitar la transmisión en vida a los bienes existentes en ese momento (en este sentido es mucho más explícito, para los heredamientos cumulativos, el art. 84 CS).

34. Sin este inciso, no habitual en preceptos similares de otros ordenamientos (*vid. infra*, not. 39), podría haberse mantenido igualmente la transmisión actual de los bienes existentes al momento de la donación. Sin embargo para el Derecho aragonés, y a propósito del art. 101 de la Compilación –que se refiere a la donación universal de bienes, habidos y por haber–, propugna LACRUZ (en LACRUZ Y SANCHO: *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, V, Barcelona 1988, pág. 412) la no transmisión actual (parece que en un intento de perfilar la figura del pacto sucesorio con efecto exclusivamente *post mortem*, pues en la regulación de tales pactos no se señala tampoco la posibilidad de una transmisión actual).

Por cierto, que cabe preguntarse por la consideración, a la luz de nuestra ley, de una posible donación universal *mortis causa*, o, si se quiere, de una donación universal con efectos exclusivamente *post mortem*. Aunque a propósito de las donaciones universales se incida expresamente, y por ello sólo, en la *inter vivos*, esto se hace evidentemente para remarcar el carácter sucesorio de una «donación» en la que hay transmisión de presente y no para excluir del tratamiento –pues no hay ninguna razón para ello sino todo lo contrario– de pacto sucesorio a la *mortis causa*. Otra cosa será decidir si se produce o no transmisión de bienes de presente caso de que se realice una donación universal y no se califique de *inter vivos* o *mortis causa* o no se realicen ulteriores precisiones que clarifiquen la cuestión. Ciertamente he mantenido que no habría sido necesario incluir el inciso *inter vivos* para defender la transmisión de presente, lo que hubiera implicado que el efecto exclusivamente *post mortem* debiera haberse explicitado–; pero dudo que esta última idea se pueda ahora mantener tan rotundamente.

35. Por ejemplo, el Derecho catalán (arts. 392 ss.) o el navarro (leyes 165 ss.)

36. Para el Derecho aragonés, esta idea en MERINO HERNÁNDEZ: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» –dirigidos por ALBALADEJO–, t. XXXIV, vol. 1, Madrid 1987, pgs. 189 y 190.

37. Otra cuestión será determinar cuándo estamos ante una donación *mortis causa*: ¿será suficiente para entenderlo así que la atribución patrimonial se verifique *post mortem*?; sobre este tema, y para el art. 101 de la Compilación de Aragón –precepto que muy probablemente se ha tenido presente por los redactores del art. 76 LDCFPV–, *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pgs. 186 ss.



Pero, en todo caso, y estemos hablando de la donación universal o de una donación de bienes singulares *mortis causa*, el hecho es que si son o entrañan un pacto sucesorio, y esta categoría se ha recogido legalmente, no procede ya, como se ha venido insistiendo, referirse específicamente a la donación o a la escritura de donación yuxtaponiéndolas a pacto sucesorio. Así, en otros Derecho autonómicos, a pesar de existir, en lo que afecta a las donaciones universales<sup>38</sup>, normas de interpretación con efecto y trascendencia similares a la del artículo 76<sup>39</sup>, cuando se enumeran las formas de deferir la herencia, junto al testamento y a la ley sólo se alude al pacto<sup>40</sup>.

### III. EL ARTÍCULO 27 Y LA DESIGNACIÓN DE SUCESOR EN BIENES POR COMISARIO

El llamado testamento por comisario, una de las instituciones más características del Derecho vizcaíno, supone que el causante puede encomendar a una o varias personas –comisarios en la dicción legal– «*la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos*» (art. 32). Esta figura determina que la herencia se defiera de una forma compleja, a través de dos voluntades –la del causante y la del comisario por él designado<sup>41</sup>, y si aquí se aborda su relación con el artículo 27 es al efecto de reflexionar sobre si tal precepto es también aplicable a la ordenación realizada por el comisario.

La doctrina viene a dar una respuesta afirmativa por cuanto el inciso del artículo 46 estableciendo que «*el comisario podrá ejercitar el poder testatorio por actos “inter vivos” o “mortis causa”*» se interpreta<sup>42</sup> en el sentido de que el ejercicio del poder ordenador cabrá hacerse en testamento, pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o donación. Creo, sin embargo, que es conveniente reflexionar con más detenimiento sobre el significado, consecuencias y, en definitiva, procedencia de esta remisión.

Cuando en el artículo 46 se habla de actos *mortis causa* quiere aludirse, parece<sup>43</sup>, al testamento y al pacto sucesorio. Extremos importantes a precisar, a los que luego se hará una somera alusión y que están estrechamente relacionados entre sí, son el momento de producción de efectos de la ordenación, su revocabilidad o no y, en definitiva, la que se puede llamar «*configuración negocial*» de la intervención del comisario; pero, en cualquier caso, respecto a esos actos *mortis causa* no se perfila como inconveniente la remisión al artículo 27. Ahora bien, ¿sirve el artículo 27 para dar contenido a la referencia que el artículo 46 realiza a los actos *inter vivos*?. Téngase en cuenta que el comisario ordena la sucesión *mortis causa* del causante, de modo que los designados serán herederos o legatarios de éste y que, en este contexto, hablar de actos *inter vivos* sólo tiene sentido por

38. La consideración como pacto sucesorio de la donación *mortis causa* de bienes singulares se produce sólo en el art. 101 Comp.A. –en la regulación catalana y navarra no constituyen actos de ordenación *mortis causa*–.

39. Arts. 101 Comp.A, 73,3 Comp.B –aplicable en Ibiza y Formentera– y 72,2 CS, ley 150 FN. No cabe incluir aquí, sin embargo, el art. 8 Comp.B –aplicable en Mallorca–, porque en el mismo no se contiene una norma de interpretación, sino que se realiza una suerte de definición o descripción de un pacto sucesorio de institución que allí se denomina donación universal.

40. Arts. 89 Comp.A, 69 Comp.B –para Ibiza y Formentera– y 3 CS.

Comentario aparte requiere el caso navarro, por cuanto la ley 149,2 FN, **contemplando conjuntamente todas las formas de ordenar disposiciones a título lucrativo**, alude a la donación *inter vivos* y *mortis causa*, al pacto sucesorio, al testamento y demás actos de disposición reconocidos en esa Compilación. Parece defendible, sin embargo, mantener que tales donaciones son aludidas en cuanto se trate de actos no constitutivos de pactos sucesorios y de disposición, por tanto, estrictamente *inter vivos* –y es que la regulación de las donaciones *mortis causa* que no sean universales (leyes 165 ss.) parecen alejar a éstas del ámbito sucesorio–.

41. Vid. ASUA: «*La designación de sucesor a través de tercero*», Madrid 1992, pg. 130.

42. CELAYA: «*Derecho...*», cit., pg. 134 y «*Comentarios...*», 1997, ob. cit., pg. 195; Gimeno GÓMEZ-LAFUENTE: «*Especialidades testamentarias: el poder testatorio*» en *El Derecho Foral vasco tras la reforma de 1992*, Bilbao 1994, pg. 151.

43. En el art. 20 de la Compilación se decía que el comisario podía ejercitar el poder por actos *inter vivos* o por testamento; de modo que la sustitución de «*testamento*» por «*actos mortis causa*» vendría motivada por la inclusión del pacto sucesorio.

contraposición a los típicos actos *mortis causa*, testamento y pacto sucesorio: actos *inter vivos* serán, por tanto, los actos de ordenación que no se puedan caracterizar como testamento o pacto sucesorio.

En clave de integración del artículo 46 a través del 27 se ha tendido a identificar actos *inter vivos* con donación o, incluso, con capitulaciones matrimoniales. Por lo que respecta a la consideración de las capitulaciones como posible acto de ordenación por parte del comisario, no cabe sino insistir en que, al margen de las relaciones entre los artículos 27 y 46, los capítulos no son para el comisario, como no lo eran para el causante, una forma de designar sucesor sino el negocio en el que se puede integrar o al que puede acompañar el acto de ordenación; y ello con independencia de la caracterización del acto del comisario como *mortis causa* o *inter vivos* a efectos del artículo 46. Más convincente podría parecer, en principio, la identificación entre actos *inter vivos* y donación, y cierto es que la práctica ha conducido a que los comisarios cuando no disponían en testamento –recuérdese que hasta la entrada en vigor de la LDCFPV no podían hacerlo a través de pacto sucesorio–, lo hicieran a través de la figura de la donación. Pero una cosa es que el comisario recurra a esta figura –que, por lo que se verá, no parece apropiada para canalizar su acto de ordenación– y otra que ello sea imperativo del artículo 27 –o, si se quiere, del juego conjunto de los artículos 46 y 27–.

En el epígrafe precedente se ha mantenido que la donación se menciona en el artículo 27 en cuanto pacto sucesorio y referida, por tanto, únicamente a la donación universal y a la donación *mortis causa* de bienes singulares (art. 76); inteligencia que viene a ajustarse sólo a la ordenación realizada por el propio causante. Considerar, sin embargo, que el artículo 46 se integra a través del 27 y que acto *inter vivos* equivale, por imperativo de aquél, a donación, supone atribuir a esta figura distintos matices o incluso una suerte de doble significado en función de si se lee el artículo 27 en clave personalista –el propio causante ordena la sucesión– o desde la perspectiva de la ordenación por parte del comisario. Pero nada hay, creo, que apunte a que éste sea el criterio legal; antes al contrario, la contemplación de los intereses cuya satisfacción se persigue hace aconsejable descartar los resultados a los que la aplicación del artículo 27 conduciría y ello porque no resulta adecuado canalizar la ordenación por el comisario a través de un acto bilateral como la donación.

En general, en la ordenación sucesoria la bilateralidad encuentra su sentido en la vinculación de la voluntad del ordenante, **pero si la ordenación del comisario produce efectos desde ya** ( esta circunstancia no se expresa directamente, sino a través de la idea de irrevocabilidad, art. 47<sup>44</sup>; irrevocabilidad que, en actos de ordenación unilaterales, sólo encuentra su sentido en esa producción inmediata de efectos) **tal sentido decae**. Por eso, cuando el comisario vaya a ejercitar su poder a través de lo que en el artículo 46 se llaman actos *inter vivos* (por exclusión, actos que no se configuren como testamento o pacto sucesorio) más razonable parece articular la disposición a través de un acto unilateral, en el que no sea, por tanto, necesaria la aceptación del designado como requisito de validez –tal aceptación determinaría sólo la adquisición de la condición de heredero si ese fuera el título atribuido–. De hecho, en la doctrina vizcaína, aún dándose por buena la remisión del artículo 27 al 46, se ha planteado, a mi juicio no muy congruentemente, «*si el hecho de utilizar el poder en una u otra forma hará participar el acto de la naturaleza elegida*»<sup>45</sup>; lo que en concreto, y a nuestros efectos, ha significado interrogarse sobre si la «*donación*» debe ser aceptada, trayéndose al respecto a colación una resolución de la Dirección General

44. Lo mismo ocurre en otros Derechos autonómicos, aunque en ellos, con un buen criterio que se defenderá aquí, la irrevocabilidad se descarta respecto del testamento, *vid. infra.*, nots. 47 y 48.

45. La expresión literal es de GIMÉNEZ GÓMEZ-LAFUENTE (ob. cit., pg. 151) y se recurre a ella porque es la que mejor se acomoda al texto; sin embargo la idea corresponde a CELAYA («*Derecho...*», ob. cit., pg. 135), que ya la venía expresando en anteriores ediciones de esa obra teniendo entonces como referencia la Compilación.

de los Registros, de 1 de julio de 1920, en la que se mantuvo la naturaleza unilateral del acto del comisario<sup>46</sup>.

La idea de que, si la ordenación va a producir efectos inmediatos, lo adecuado es canalizarla a través de un acto unilateral es la aceptada por otros ordenamientos en los que se recogen figuras de fiducia sucesoria similares al testamento por comisario<sup>47</sup>. De este modo, se arbitra la posibilidad de que el fiduciario realice su elección en escritura pública<sup>48</sup> –queriéndose aludir en realidad a una declaración unilateral realizada en escritura pública–, y **sólo cuando la ordenación vaya a desplegar efectos a la muerte del comisario** tendrá sentido el recurso a un acto *mortis causa*. Acto *mortis causa* que, en casi todos los casos, es únicamente el testamento –acto unilateral– y que sólo en el Código de Sucesiones catalán podrá ser el pacto sucesorio –heredamiento–; recurso que, aunque sea una posibilidad desdeñada en otros Derechos, tiene sentido en la medida que así se vincula la voluntad del fiduciario o comisario. Y es que, insistiendo en lo ya dicho, la virtualidad de la bilateralidad es la vinculación y ésta sólo tiene interés si el despliegue de efectos se difiere.

Cierto es, sin embargo, que por lo que respecta a esos actos *mortis causa* del comisario, y en concreto al testamento, en el Derecho vizcaíno el planteamiento ha sido, y es, diverso al que se acaba de realizar; y ello porque se ha venido entendiendo que el comisario otorga el testamento del causante<sup>49</sup> y que, por tanto, en principio tal testamento produce efectos desde ya. Esta concepción da sentido a una serie de datos, implícitos o explícitos, que se extraen de la ley: el hecho de que, si el comisario no es el cónyuge, en el testamento que otorgue en ejercicio del poder sólo pueda disponer de los bienes del causante<sup>50</sup>; el que siendo comisario el cónyuge, y pudiendo en tal caso disponer, a favor de hijos y descendientes comunes, en el mismo testamento<sup>51</sup> también de sus bienes, para que la disposición realizada respecto de los bienes del causante sea revocable ello ha de ser señalado expresamente (art. 46, 2); y, en definitiva, el que las disposiciones otorgadas por el comisario sean, con la excepción ya señalada, irrevocables (art. 47). Datos que, respondiendo a la idea de la representación *post mortem*, ponen de manifiesto que el punto de partida o principio básico es que el testamento realizado por el comisario produzca efectos desde ya, razón por la que el acto de disposición es irrevocable. Sólo en atención a concretos intereses familiares y patrimoniales, que pasan por que el comisario sea el

46. Se trataba de un caso en el que compareció un hijo de diez años, aceptando la donación realizada por su madre, comisaria, en ejercicio del poder. Y, al ponerse en cuestión la falta de capacidad del menor para contratar, la Dirección General de los Registros entendió que «...por ser de carácter 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 de la herencia...».

47. El fiduciario-comisario del Derecho navarro (leyes 281-288 FN); la fiducia sucesoria aragonesa (arts. 110-118 Comp.A); la institución de heredero por fiduciario, arts. 148 y 149 CS); el cónyuge distribuidor de Ibiza y Formentera (art. 71 Comp.B); y el heredero distribuidor de Mallorca y Menorca (arts. 18-24 Comp.B). En el art. 140 LDCFV y respecto del usufructo poderoso ayalés se habla igualmente de disponer *inter vivos* o *mortis causa*.

48. La ordenación ha de realizarse, en Derecho navarro, en testamento o escritura pública (ley 286 FN); en el aragonés, en testamento o escritura pública (art. 111 Comp.A); en Cataluña, en testamento, heredamiento o escritura pública –art. 148 del Código de Sucesiones–(y sólo en escritura pública en el caso del art. 149); en el balear, para Ibiza y Formentera, en testamento o escritura pública (art. 71) y, para Mallorca y Menorca, por actos entre vivos –formalizados en escritura pública– o de última voluntad (art. 19 Comp.B); lo que, para el antiguo art. 17, era interpretado por VERGER GARAU – «Comentarios...», dirigidos por ALBALADEJO, t. XXXI, vol. 1, Madrid 1980, pg. 432– como alusivo a testamento o codicilo).

No está sentada expresamente en ninguno de estos Derechos, como tampoco en el vizcaíno, la producción inmediata de efectos; pero ella es el único presupuesto lógico de la irrevocabilidad de las ordenaciones realizadas en escritura pública (ley 286 FN; art. 111, 2 Comp.A; art. 148, 1, 2.ª CS; y arts. 71, 2 y 19 Comp. B).

Por cierto, que, además de en el ya mencionado art. 19 Comp. B, también en los arts. 111, 2 Comp.A y 71, 2 Com. B se habla de la ordenación a través de actos *inter vivos*.

49. CELAYA, «Derecho...», cit., pg. 132 y «Comentarios...», 1997, pg. 162, lo define como «...el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió».

50. Esta idea se recogía expresamente en el art. 20 de la Compilación, hablándose de testamento otorgado al sólo efecto de ejercitar el poder y exceptuando de esa exigencia el caso del cónyuge comisario. Ahora ciertamente no se dice que no cabe ordenarse en un testamento dos sucesiones (la del causante y la del comisario), pero, cuando en el art. 46 se señala que el cónyuge podrá hacer uso en su propio testamento del poder testatorio, da toda la impresión de estar expresándose una regla particular aplicable sólo a ese caso.

cónyuge –disponiendo a favor de hijos y descendientes comunes– y, lógicamente, por que el poder le sea conferido por plazo indefinido o por los años que viviere (art. 44, 1), podrá expresamente alterarse este esquema dando a la disposición carácter revocable<sup>52</sup>, y es que uno de los fundamentos de la revocabilidad es la producción de efectos después de la muerte (en este caso del comisario).

Este esquema legal sobre el testamento otorgado por el comisario, en mi opinión merecedor de un juicio muy crítico<sup>53</sup>, no parece, sin embargo, obstáculo a la virtualidad de las consideraciones ya realizadas respecto de los «actos *inter vivos*» y que tienen como eje central la idea de que carece de sentido configurar un acto de ordenación por parte del comisario de una sucesión *mortis causa* ajena a través de un negocio bilateral. Podrá tal vez aducirse que es poco comprensible que se mantengan dos formas de ejercicio del poder, el testamento y un llamado por la ley «acto *inter vivos*», que se configuran como actos unilaterales y van a producir efectos desde ya. Cierto es que no resulta muy coherente<sup>54</sup>, pero no es razonable establecer la exigencia de un acto bilateral sólo para perfilar una diferencia sustancial entre los dos tipos de actos y salvar así una «*incoherencia*» que procede del mantenimiento, respecto del testamento, de una concepción que debiera estar ya superada.

Como resumen, en fin, de las consideraciones que se han ido realizando, cabe señalar que parece más propio entender que el artículo 27 se refiere únicamente a la ordenación realizada por el causante y que no existe razón legal para considerar que a través de la referencia del artículo 47 a actos *inter vivos* se profile la exigencia de un acto de ordenación bilateral; antes al contrario, la propia función del comisario –la ordenación de la sucesión *mortis causa* de otra persona ya muerta– determina que, siendo tal ordenación irrevocable y produciendo efectos inmediatos, se canalice a través de un acto unilateral –ha de insistirse, además, en que a la unilateralidad del acto no es óbice la necesidad de aceptación del heredero, y que al igual que ocurre con el testamento no sería sino un presupuesto de adquisición del derecho–.

Por cierto, que cabría preguntarse, para terminar, por el sentido del recurso por parte del comisario a la figura de otro acto bilateral como es el pacto sucesorio. Y esta cuestión se plantea no porque sea relevante a la hora de pronunciarse respecto de la relación entre los artículos 27 y 46, sino porque surge como interrogante lógico ante la idea, reiteradamente defendida aquí, de la improcedencia de canalizar la ordenación del comisario, que va a producir efectos inmediatos, mediante un acto bilateral.

Si se mantiene, en relación al pacto sucesorio otorgado por el comisario, la misma filosofía que respecto del testamento –basada en la idea de representación *post mortem* y

51. *Vid. infra*, not. 55.

52. Si no lo hace, la disposición produciría efectos inmediatos respecto del patrimonio del causante (bajo la Compilación esta idea era mantenida por CELAYA: «*El testamento por comisario*», ADC 1972, pg. 764. El otorgar, por tanto, el carácter de revocable a la disposición, significa diferir los efectos de la ordenación a la muerte del comisario, posibilitándose, así, la ordenación *mortis causa* conjunta de los dos patrimonios.

53. Que parte de rechazar, por considerarlo incompatible con la actual evolución de las ideas jurídicas, que el comisario teste en nombre de quien ya no existe o de que un muerto actúe a través de una suerte de representante. Ello no supone poner en tela de juicio la esencia de la institución, la posibilidad de encomendar por parte del causante a otra persona que tras su muerte ordene su sucesión, sino de canalizar jurídicamente esta pretensión a través de un esquema sólido. Y creo que ello habría de pasar por descartar la idea de la representación *post mortem* y entender que **el comisario actúa en nombre propio disponiendo de un patrimonio ajeno**, de modo que, como ocurre en otros ordenamientos, si dispone en testamento el mismo debería producir efectos a su muerte y ser, por tanto, revocable –lo que únicamente podrá ocurrir si el plazo para el ejercicio del poder es indefinido–, *vid.* ASUA, ob. cit., pgs. 51 y ss.

54. Y no parece, además, consistente el intento de hallar un criterio diferenciador en la envergadura, volumen o extensión de la ordenación; de modo que haya de recurrirse al «acto *inter vivos*» cuando la ordenación afecte a bienes concretos y al testamento cuando se trate de todo el caudal relicto o de lo que reste. El art. 45 sólo señala que el comisario «*podrá usar el poder en una o varios actos u otorgamientos*», y si bien es cierto que puede parecer extraño que cuando el comisario ordena la sucesión paulatinamente recurra sistemáticamente a la figura testamentaria, ello no está prohibido por la ley. Amén de que nada impida tampoco la ordenación a través de un único «acto *inter vivos*».

producción inmediata de efectos, también de los actos *mortis causa*<sup>55</sup>– no se acierta a adivinar el interés aquí de esta figura. Porque la misma sólo cobra sentido si, como ocurre en el ya mencionado caso catalán, los efectos de la ordenación realizada en heredamiento se difieren a la muerte del fiduciario, resultando así de utilidad la vinculación derivada del pacto.

---

55. Aunque la posibilidad de ordenar conjuntamente la sucesiones de causante y comisario-cónyuge, así como la de diferir a la muerte de éste los efectos de la ordenación de la sucesión de aquél, sólo resulta prevista expresamente en el art. 46,2 para el testamento, lógico parece extenderla también al contrato sucesorio. Pero en tal caso es evidente que, para descartar la producción inmediata de efectos, no podrá recurrirse a la fórmula del art. 46, 2 de otorgar carácter revocable a la disposición, *porque el pacto sucesorio es irrevocable*; habrá, por tanto, que aludirse directamente a esa no producción de efectos.