

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

Francisco-Javier OÑATE CUADROS
Notario

Jesús J. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ
Abogado y Doctor en Derecho

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 4/01/2024

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 24/07/2024

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una cuestión de especial relevancia e interés en relación con una institución característica del Derecho Civil Vasco como es el poder testatorio y la sucesión por comisario, al amparo de lo dispuesto en la vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Palabras clave: adquisición de bienes; poder testatorio; sucesión por comisario.

Komisarioak ondasunak eskuratzea testamentu-ahalordea egikaritzeko zain dagoen jarauntsirako

Laburpena: Lan honen xedea da garrantzi eta interes bereziko gai bat aztertzea, Euskal Zuzenbide Zibilararen ezaugarri den erakunde bati dagokionez: testamentu-boterea eta komisario bidezko oinordetza, indarrean dagoen Euskal Zuzenbide Zibilar buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Legean xedatutakoaren babesean. Gako-hitzak: Ondasunak eskuratzea, testamentu-ahalordea, komisario bidezko oinordetza

Gako-hitzak: ondasunak eskuratzea; testamentu-ahalordea; komisario bidezko oinordetza.

Acquisition of assets by the estate commissioner pending the exercise of the Power of appointment

Abstract: The purpose of this work is to study an issue of special relevance and interest in relation to a characteristic institution of Basque Civil Law such as the Power of appointment, under the provisions of the in force Law 5/ 2015, of June 25, of Basque Civil Law. Key words: Acquisition of assets, Power of appointment, succession by mandate.

Key words: acquisition of assets; testamentary power; succession by commissioner.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN O PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II.- INSCRIPCIÓN DE BIENES VÍA EL ART. 9 LH. III.- INSCRIPCIÓN DE BIENES VÍA EL ART. 20, AP. 3 LH. IV.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN O PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ordena el art. 43.4 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco —LDCV— que “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”.

No estamos en presencia de un precepto aislado en el ordenamiento jurídico español. Al contrario, se hallan su inspirador art. 453 CDF Aragón¹,

¹ Artículo 453 CDF Aragón “Facultades de disposición.

1. El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 451, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad.
2. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.
3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados”.

cuya redacción es igualmente similar al art. 424-4.2 CCCataluña² y a la interpretación que se hace de la ley 287 CDFNavarra³.

Dicho lo cual, aunque es común en la práctica bancaria la titulación de productos a nombre de una herencia yacente, sin embargo, la inscripción de inmuebles a favor de la misma pendiente el ejercicio del poder testatorio, aunque voluntaria, es hoy en día prácticamente necesaria a tenor del disfrute del principio de legitimación registral (art. 38 LH).

Igualmente, en la práctica registral en Bizkaia es común que, fallecido uno de los cónyuges bajo régimen de comunicación foral de bienes habiendo otorgado poder testatorio, practicada la división de dicho caudal conyugal por el cónyuge superviviente quede la mitad indivisa a nombre de

² Artículo 424-4 CCCataluña “Administración de la herencia.

1. Mientras no se defiere la herencia, esta queda bajo la administración de la persona o personas que el testador ha designado a tal efecto, con las facultades y limitaciones que este ha establecido o, si no ha establecido ninguna, con las propias de un albacea universal de entrega de remanente. La persona o personas designadas tienen derecho a percibir lo que les corresponda por sus trabajos y al reembolso de los gastos causados por el ejercicio del cargo.
2. Si el testador no ha designado a ninguna persona o la designación es ineficaz, la herencia debe ser administrada por el cónyuge o conviviente superviviente. El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia”.

³ Ley 287. “Situación de dependencia. Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o es una persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los fiduciarios”.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

la herencia pendiente el ejercicio de dicho poder puesto que el art. 142.1 LDCV (antiguo art. 106 Ley 3/1992) dispone que “Por excepción a lo dispuesto en el artículo 140, el cónyuge viudo nombrado comisario, podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de las reservas sucesorias”.

Este mandato positivo de que la herencia pendiente el poder testatorio puede ser titular *ex novo* de bienes lo vemos ahora igualmente en el art. 43.4 LDCV. Sin embargo, nos encontramos con que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio no tiene personalidad jurídica, dada su extinción por la muerte del causante (art. 32 CC)⁴.

Cierto es que el art. 9.e) LH admite la inscripción a favor de patrimonios separados que puedan ser titulares legalmente de derechos y obligaciones, mas la interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado/Dirección General Seguridad Jurídica y Fe Pública, así como de los Registradores es más bien limitada a los supuestos en que específicamente hay habilitación normativa.

Así, GARCÍA GARCÍA⁵ cita los Fondos de pensiones (art. 72.e) del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por RD 304/20004, de 20 de febrero); el art. 38.3 Ley 35/2033, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con los fondos de inversión inmobiliaria; el art. 16.3 Ley 5/2015 a favor de fondos de titulación de activos. Y el art. 8 Ley 4/2033, de 18 de noviembre de patrimonios protegidos.

⁴ “A favor de una personalidad jurídica especial de la herencia yacente y la posibilidad de inscripción de bienes a su favor, la RDGSJYFP de 01-03-2024, que cita la STS de 11-04-2000. Dicha resolución es posterior a la primera versión resumida de este trabajo, publicada en Egiunea: revista del Colegio Notarial del País Vasco = Euskal Herriko Notario Elkargoaren aldizkaria, ISSN-e 2952-2749, N° 17 (julio-diciembre), 2023.

⁵ GARCÍA GARCÍA, Manuel. *Legislación Hipotecaria y del Crédito Inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios. Tomo I*. Civitas, Madrid, 2019, ISBN: 978-84-9197-973-9, pp. 300.

Fuera de dichos supuestos, siguiendo a DOMÍNGUEZ LUELMO⁶, cabe admitir otros casos de sujetos a cuyo favor pueden practicarse inscripciones sin tener personalidad jurídica, siempre que no constituyan situaciones de permanente pendencia. Así, según la RDGRN 28-02-1994 “Ni las titularidades en permanente situación de pendencia, ni aquellas en que la duración de tal situación, debiendo ser temporal, no esté predeterminada por la ley o la voluntad de las partes de suerte que ésta haya de inferirse «a posteriori», reúnen los requisitos de certeza que la publicidad registral demanda”. Según recopila dicho autor, la DGRN ha admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente, en favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral, como fue el caso de inscripción de una adjudicación a favor de una comisión de acreedores de una entidad suspensa (RDGRN 28-01-1987), y la anotación de convenio de ejecución de sentencia a favor de la masa de una quiebra que resulta imperfectamente identificada en su composición por tal motivo, aunque plenamente articulada en cuanto a su funcionamiento (RRDGRN 30-01-2003 y 20-09-2005).

De hecho, en relación a las Comunidades de Propietarios, añade dicho autor la DGRN consideraba tradicionalmente que, al carecer de personalidad jurídica, no cabe la inscripción directa a favor de las mismas (sí a los copropietarios en proporción a sus cuotas, cfr. RDGRN de 03-07-2013 y 02-09-2013). Esto es, lo cual, si bien no impide que en algunos asientos —como la anotación preventiva en materias en que la comunidad tiene reconocida capacidad procesal— cal comunidad pueda ser titular registral, no es posible que, sin tal personalidad pueda ser propietaria de

⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, “Título II (Art. 10)” en Andrés Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley hipotecaria*, Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2019, ISBN: 978-84-1309-622-3, pp. 226 y 227.

un bien y, por ende, pueda ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente. Posteriormente, dicho Centro Directivo admitió la inscripción a favor de Comunidades de Propietarios, después de reconocer su carácter de patrimonios separados (art. 9.e) LH y RDGRN de 12-02-2016), de modo que “permite no sólo practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sino que permite también ser titular registral en opinión de dicho autor. Sin embargo, dicha Administración pública (p. ej. RDGRN/DGSJFP de 03-04-2018 y RDGSJFP de 27-05-2021) se han vuelto más restrictivas denegando la inscripción de bienes a favor de las comunidades de propietarios, volviendo a la posición anterior o tradicional.

Y sigue dicho autor: “Para el caso de la comunidad hereditaria, la RDGRN de 16-05-2003 establece: «es claro hoy para la jurisprudencia y la doctrina que la comunidad hereditaria excede de la clásica distinción entre comunidad romana o germánica y que, en realidad, estamos en presencia de un tipo especial de comunidad comprendida en el marco general de la comunidad de los artículos 392 y ss. del CC, y un principio de régimen orgánico que la erigen en categoría intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (...). La RDGRN 11-12-1998 determinó la forma de conciliar esa concepción de la comunidad hereditaria con el principio de especialidad en los términos previstos para los artículos 9 LH y 51.y 54 RH, al señalar respecto de las formas de cotitularidad, que no recaen sobre bienes individuales, sino sobre patrimonios, que «su reflejo registral debe acomodarse a sus específicas características, de modo que en la inscripción de cada uno de los singulares bienes que las integran, habrán de recogerse las circunstancias necesarias para que quede debidamente expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe, esto es, practicando el asiento a favor de los cotitulares de la masa patrimonial en que aquélla se integra, con especi-

ficación de sus respectivas cuotas sobre el todo, en su caso, las especiales normas de gestión y disposición que conforme al título resulten aplicables». Es decir, no se admite la inscripción directa a favor de la comunidad hereditaria como tal.

Dicho lo cual, y con los antecedentes mencionados, exploraremos dos posibilidades de que el Registro de la Propiedad se abra a la inscripción de bienes a favor de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, vía el art. 9.e) y el art. 20, pfo. 4º LH.

II. INSCRIPCIÓN DE BIENES A FAVOR DE LA HERENCIA PENDIENTE EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO VÍA EL ART. 9.e) LH

Dispone el art. 9 LH: “El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: (...) e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones”.

Este precepto, introducido por la Ley 13/2015, de 24 de junio tardó catorce años en remediar la anulación de los párrafos segundo a quinto del art. 11 RH por la STS, Sala 3ª, de 31-01-2001 el cual se quedó desde entonces en su actual redacción: art. 11 RH: “No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica”. Dicha anulación tuvo lugar por ser contrario al artículo 9.4 de la Ley Hipotecaria que exigía entonces que el titular registral esté dotado

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

de personalidad jurídica, mientras que el indicado art. 11 RH permitía inscripciones en favor de entidades con personalidad jurídica difusa. *A sensu contrario*, normas con rango de Ley formal como la propia Ley Hipotecaria y la LDCV sí pueden tener dicha habilitación normativa.

1. La herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado

Tanto la regulación substantiva como la adjetiva, a la luz de la doctrina, nos llevan a considerar que entre la apertura de la sucesión y el ejercicio del poder testatorio sobre el total caudal relicto, o sea, la ordenación sucesoria que haga el comisario, la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado.

1.1. Normativa substantiva que determina que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado. Ha habido intentos de conceptualización de lo que sea un patrimonio separado. Como el de ALBALADEJO GARCÍA⁷, quien define el patrimonio separado como el supuesto en que “la ley establece que, de la totalidad de las relaciones que forman el patrimonio de una persona, se separe un grupo, constituyendo con él lo que se denomina un patrimonio separado, que queda aislado del resto, aunque, por lo general, no totalmente, sino sólo en determinados aspectos”. O’CALLAHAN MUÑOZ⁸ entiende que es “una parte del patrimonio de una persona que es tratada por el Derecho, para ciertos efectos, como independiente (separado) del resto”. Ambas definiciones, amén de incurrir en el fallo de incluir lo definido en el definidor son excesivamente vagas.

⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*. Bosch, Barcelona, 1977, ISBN 84-7294.103-5, pp. 75.

⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*. EDERSA, Madrid, 2002, I.S.B.N.: 84-8494-048-9, pp. 447.

Nos parece más acertada la opinión de CASTÁN TOBEÑAS⁹ quien pone de manifiesto que pese a la casi unanimidad con que se reconoce hoy la figura de los patrimonios separados, no hay coincidencia entre los autores en la apreciación del criterio que ha de servir para definirlos y comprobar su existencia. Por eso LACRUZ BERDEJO¹⁰ entiende que “el patrimonio constituye un conjunto coherente de bienes” que se identifica “no por la individualidad de los objetos que lo componen, sino por su atribución a una persona o grupo a cuyas responsabilidades se halla sujeto y de los que recibe su existencia como tal (...) El patrimonio es siempre *de alguien*: requiere un sujeto actual o pretérito que sirva de denominador común a las titularidades que lo componen y las deudas que lo gravan. En sentido similar CASTÁN TOBEÑAS¹¹.

Sus caracteres son según LACRUZ BERDEJO¹², los siguientes, que se estudian paralelamente con la regulación de la figura de la sucesión por comisario de la LDCV:

1.1.1 Son creación del ordenamiento jurídico, como *numerus clausus* que no pueden extenderse a otros supuestos por analogía¹³. Como tal tenemos los art. 30 y ss. LDCV que son excepción a la prohibición de la delegación de ordenar la sucesión del art. 670 CC.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*. Reus, Madrid, 1978, ISBN 84-290-11-09-9, pp. 639.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, José-Luis. En José-Luis Lacruz Berdejo y Francisco Sancho Rebullida (aut.). *Elementos del Derecho civil, Tomo I, Vol. 3º*, Bosch, Barcelona, 1984. ISBN: 84-7294-169-8, pp. 71.

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 639.

¹² LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos del Derecho civil, Tomo I, Vol. 3º*, obra cit., pp. 75 y 76.

¹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 447.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

1.1.2. La creación de estos patrimonios separados (y los patrimonios separados colectivos¹⁴) se verifica coincidiendo con una sucesión universal, es decir atribuyéndose los elementos y cargas del patrimonio de un golpe y sin necesidad de tradición, lo que impide la enajenación del mismo de golpe o en todo, pero sí de bienes concretos. Es decir, el patrimonio no es objeto de tráfico jurídico, fuera de la sucesión universal *mortis causa*. Los autores antes citados refieren ejemplos de patrimonios separados como la herencia aceptada a beneficio de inventario¹⁵, las reservas hereditarias¹⁶, sustituciones fideicomisarias¹⁷ o la herencia indivisa¹⁸.

De ahí la el matiz de CASTÁN TOBEÑAS¹⁹ de que la independencia del núcleo patrimonial de que se trate no quiere decir que surja una persona ideal o jurídica.

Lo que casa perfectamente con la figura que estudiamos porque el efecto fundamental del ejercicio del poder testatorio es la suspensión de la delación sucesoria a favor de los beneficiarios entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder testatorio (art. 17.2 LDCV). Entre tanto, los eventuales beneficiarios de la ordenación sucesoria que haga el comisario en nombre del causante están en situación de mera expectativa, como dichos meros “sucesores presuntos” que ca-

¹⁴ Por excelencia las sociedades conyugales disueltas y no liquidadas. Cfr. RDGSJFP de 24-10-2022 y las que cita.

¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*, obra cit., pp. 75. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 446. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 640.

¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*, obra cit., pp. 75. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 447.

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*, obra cit., pp. 75. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 447.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit. pp. 640.

¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 639.

recen de cualquier derecho ni obligación ciertos o determinados sobre la herencia del causante, tanto en Derecho Civil Vasco como en el resto de los ordenamientos jurídicos autonómicos²⁰. En consecuencia, la masa patrimonial como tal, como afirma la doctrina²¹, pendiente el ejercicio del cargo por el comisario, está en situación similar a la que acontece en toda sucesión *mortis causa*, un estado de pendencia vinculado a la falta de ejercicio del *ius delationis*.

²⁰ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*. AVD-ZEA y Dykinson, Madrid, 2022. ISBN 978-84-1122-756-8, pp. 158 y 159. Por excepción los sucesores presuntos tienen las facultades de: (i) Exigir la formación de inventario y avalúo de los bienes hereditarios, incluso judicialmente (art. 34 LDCV). (ii) Derecho de los hijos y descendientes del causante a pedir alimentos contra la herencia (art. 38 LDCV). (iii) 3.2.3. Derecho de hijos y descendientes del causante a que el comisario promueva la constitución de la tutela o curatela a que deban quedar sometidos (art. 39 LDCV). (iv) Derecho de los legitimarios a vetar o autorizar los actos de disposición del comisario administrador y representante del patrimonio hereditario sobre bienes y derechos de cierta importancia (art. 43.5 LDCV). (v) se plantea alguna doctrina si los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia. (vi) El derecho de los sucesores forzosos y parientes tronqueros a impugnar las disposiciones testamentarias, inclusive el nombramiento del comisario.

²¹ MONJE BALMASEDA, Óscar. *La Herencia Yacente*. Dykinson, Madrid, 2001. ISBN 84-8155-735-8, pp. 351. IRIARTE DE ÁNGEL, Borja, “Título II. De las sucesiones. Disposiciones preliminares (artículos 17 a 22)”, en Andrés-María Urrutia (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 45. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. “Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”, en Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 301. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss. Y *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 132.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

1.1.3. Del patrimonio autónomo pueden salir bienes, que se enajenan a terceros; o bien adquiere otros el titular, o acaso cambian todos, y sin embargo conserva la masa su identidad que, como se ve, no depende de los singulares objetos que la componen (se suele hablar aquí de subrogación real. Este patrimonio está perfectamente delimitado a través del deber del comisario de formar inventario y avalúo del mismo de *motu proprio* o a instancia de los sucesores presuntos (art. 34 LDCV) o incluso vía la *separación de bienes* (art. 43.3 LDCV). Y el mismo puede mutar conforme al art. 43.4 LDCV²².

1.1.4. La separación jurídica de la masa autónoma frente al patrimonio personal de su titular o titulares permite mantener relaciones entre aquélla y éste, operándose desplazamientos de bienes, por negocio jurídico o por hecho y formándose un tejido de créditos y deudas entre ambos. Esto se puede ver en que los sucesores presuntos, pendiente de su designación (o no) por el comisario tienen derecho alguno contra la herencia y que este último puede autoasignarse bienes de la misma y contratar con ella²³.

1.1.5. La administración del patrimonio autónomo suele estar sometida a reglas específicas, añadiendo CASTÁN TOBEÑAS²⁴ que generalmente implica facultades más amplias que las normales de un simple administrador. Así cabe citar la enumeración de los ap. 3 y 4 del art. 43 LDCV²⁵.

²² LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”, en José-Luis Merino Hernández (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones aragonesas*. SONLIBROS, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, pp. 423: las facultades de disposición y el principio de subrogación real acercan la fiducia aragonesa al “trust” anglosajón.

²³ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 168 y 172.

²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 641.

²⁵ En dicha línea, CELAYA IBARRA, Adrián (“El testamento por comisario”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 25, N° 3, 1972, pp. 782); ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isa-

Efectivamente, estando el poder testatorio en fase de pendencia de su ejercicio, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del mismo, queda diferida la delación, por lo que es imprescindible que se regule la administración y representación de la herencia pendiente del ejercicio de poder testatorio. Recordemos que este patrimonio con titular transitoriamente indeterminado será la responsable de las deudas tanto las por ella generadas como las del causante, siendo posible que sea demandada (art. 6 LEC, 37 LDCV y art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal)²⁶, pues los administradores ordinarios de la misma, los herederos no han sido llamados a la herencia (art. 17.1, 19.2 y 21 LDCV y 999 CC)²⁷.

bel (“Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 367) y la jurisprudencia (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 5ª, de 01-12-2015) rechazan la posibilidad de que el comisario pueda ser removido por incumplimiento del cargo, pues es más que un administrador, postura que GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE; Mariano-Javier (“Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 186) entiende reforzada por dos razones, porque el art. 40 Ley 3/1992 (actual art. 37 LDCV) separa ambas condiciones, la de administrador-representante del caudal y la de comisario; y porque el art. 48 Ley 3/1992 guarda silencio sobre el incumplimiento o cumplimiento negligente de sus funciones como causa de extinción del poder. Y concluye que, si el administrador no es el comisario, podrá ser removido del cargo. Si es el propio comisario, podría quizás privársele de la administración (aunque cabe la duda de a quién se le atribuiría entonces), pero siempre seguiría siendo comisario y, por tanto, la persona encargada de elegir heredero. También FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 277.

²⁶ Cfr. AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 21-04-2004 y, sobre todo, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016.

²⁷ FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial, obra cit., pp.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

1.2. *Normativa adjetiva que determina que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado.* En el ámbito procesal, fiscal y de la Seguridad Social tenemos frecuentes reconocimientos del carácter de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio como patrimonio separado.

1.2.1. En el ámbito procesal: El ya aludido art. 6.1 LEC reconoce capacidad para ser parte, esto es, podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles (y por el carácter supletorio de la LEC ante los contencioso administrativos, penales, sociales y militares), no sólo las personas jurídicas (subap. 3º), si no, para lo que nos interesa (subap. 4º) “Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración”. La jurisprudencia concede legitimación procesal activa y pasiva al comisario y la deniega a los sucesores presuntos²⁸.

1.2.2. En el Derecho tributario: El art. 34.4 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia²⁹ es idéntico al art. 35.3 LGT cuando dispone que tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un

75.Y La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español, obra cit., pp. 274.

²⁸ SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 7-04-2004, AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011 y SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2013 sobre falta de legitimación activa de la sucesora presunta en relación a acciones sobre los bienes hereditarios; y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 en general sobre la imposibilidad de los herederos presuntos de inmiscuirse en distintas cuestiones en que estaba interesado el causante.

²⁹ Art. 35.3 Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa y art. 35.6 Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava.

patrimonio separado susceptibles de imposición. Pero no viene en la LGT el siguiente art. 38.4 que eleva a la misma categoría de entidad obligada tributaria a la herencia que se encuentre pendiente del ejercicio de un poder testatorio, cuando impone el cumplimiento de las obligaciones tributarias materiales y formales al administrador de la misma. Y en el mismo sentido el art. 39.4 que define como “sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad” en las obligaciones tributarias pendientes de las herencias bajo «alkar poderoso» o pendientes del ejercicio de un poder testatorio se atribuirán a aquellas personas a las que se haya designado herederos en ejercicio del poder testatorio, o por las demás causas de extinción del mismo.

Efectivamente la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio tiene dicha consideración de entidad tributaria cara al cumplimiento de las obligaciones fiscales formales. De esta manera, el art. 26 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 205/2008, de 22 de diciembre, por el que se regulan las obligaciones tributarias formales del Territorio Histórico de Bizkaia dispone la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio de disponer de un número de identificación fiscal (NIF). Número de la mayor importancia, pues es sabido que el NIF es necesario para efectuar operaciones con transcendencia tributaria, presentación de declaraciones, comunicaciones o escritos ante la Administración Tributaria, apertura de cuentas o la realización de otras operaciones en Bancos (D.A. 6ª LGT) o la adquisición o transmisión de inmuebles (art. 254.2 LH).

Igualmente, desde el punto de vista de las obligaciones formales, el art. 54.2 de la Norma Foral (Bizkaia³⁰) 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece el deber de proceder a realizar dos liquidaciones, una, inmediata a la muerte del causante, sobre el im-

³⁰ Concordancia: art. 69 Norma Foral (Gipuzkoa) 2/2022, de 10 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Art. 38.2 Norma Foral (Álava) 11/2005, de 16 de mayo,

porte de la herencia no afectado por el poder, y las que correspondan a los sucesivos ejercicios de poder con carácter irrevocable o las adquisiciones derivadas de la extinción de dicho poder por cualquier otra causa. El carácter de patrimonio separado se hasta el punto que su art. 66.3 no sólo obliga al comisario a presentar la liquidación de la herencia que deberá incluir un inventario de los bienes de la herencia, sino que prohíbe la presentación de autoliquidación por los contribuyentes en tanto no se haya ejercitado el poder testatorio con carácter irrevocable, de manera parcial o total, o se produzca alguna de las demás causas de extinción del mismo. También se ve en que el comisario deberá comunicar a la Administración tributaria las alteraciones producidas en el inventario de los elementos patrimoniales que formen parte de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio, implique devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 73) o no (art. 74).

Y como tal patrimonio separado, mientras la regulación estatal exige a las herencias yacentes del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF, art. 8.3 Ley 35/2006, de 28 de noviembre), de modo que se imputa a sus miembros, la normativa fiscal foral sí prevé que sean sujetos pasivos de este impuesto (art. 12 Norma Foral 13/3013, de 5 de diciembre³¹), así como del Impuesto sobre el Patrimonio (art. 7.2 de la Norma Foral —Bizkaia³²— 11/1991, de 17 de diciembre, del Impuesto sobre el Patrimonio), con matices, claro. Igualmente es sujeto pasivo del Impuesto

del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

³¹ Concordancia: art. 12 de la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa. Art. 10.3 Norma Foral (Álava) 33/2013, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

³² Concordancia: art. 2. Tres de la Norma Foral (Gipuzkoa) 2/2018, de 11 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Art. 2. Tres de la Norma Foral (Álava) 9/2013, de 11 de marzo, del Impuesto sobre Patrimonio.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

sobre Bienes Inmuebles (art. 5.1 de la Norma Foral -Bizkaia³³- 9/1989, de 30 de junio) y la “plusvalía municipal” (art. 3.2 y 6.6. Norma Foral —Bizkaia³⁴— 8/1989, de 30 de junio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana).

1.2.3. En el Concurso de acreedores: La herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado desde el momento que el art. 570 del T.R. Ley Concursal ordena que “En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que el juez pueda modificar esta situación”. Aquí habríamos de distinguir entre las facultades de administración y representación entre vivos que pasarían al administrador concursal y la de ordenar la sucesión, que queda reservada para el comisario (art. 36.1 LDCV), pues las primeras son elementos naturales de la sucesión por comisario, no esenciales³⁵.

³³ Concordancia: art. 5.1 de la Norma Foral (Gipuzkoa) 12/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Art. 5.1 Decreto Foral Normativo (Álava) 2/2021, del Consejo de Gobierno Foral de 29 de septiembre. Aprobar el texto refundido de la Norma Foral del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

³⁴ Concordancia: art. 3.1 y 6.4. Norma Foral (Gipuzkoa) 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Art. 3.1 y 8.4 del Decreto Foral Normativo (Álava) 4/2021, del Consejo de Gobierno Foral de 29 de septiembre. Aprobar el texto refundido de la Norma Foral del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

³⁵ FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 167.

2. La herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones

Aunque el art. 34.1 LDCV prevé la realización de inventario y avalúo de los bienes de la herencia, del caudal relicto, el mismo no va a ser estático, sino dinámico. No sólo por las pérdidas o destrucciones que verifique, sino porque dicho texto legal, y la legislación accesoria, está llena de referencias a su dinamismo. El siguiente art. 37.1 da libertad al causante para designar representante a quien desee con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga, lo que permite investirle con todas las propias del alkar poderoso o comisario viudo, inclusive las legales. Pero la habilitación normativa esencial para que el patrimonio separado herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio pueda “ser titular de derechos u obligaciones” es el art. 43.4 LDCV, a cuyo tenor, “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario **podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios** si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno **para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados**, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”.

Si la DGRN/DGSJyFP admitía las inscripciones de adjudicaciones en ejecuciones a favor de las comunidades de propietarios puesto que el art. 650.2 LEC, entre otros, aclara que el ejecutante puede ser adjudicatario, o en base al art. 142.1 LDCV (antiguo art. 106 Ley 3/1992) puede inscribirse a su favor la mitad indivisa que no correspondía al comisario cónyuge, parece obvio que la habilitación normativa para que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio pueda ser titular registral de los inmuebles que adquiera parte de dicho precepto, que desmenuzamos.

2.1. *La herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es susceptible legalmente de ser titular de obligaciones propias*: El art. 43.3 LDCV confiere al *alkar poderoso* ser representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen, y realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido. Igualmente estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario. Y el art. 43.4 añade que “podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”.

De la misma manera, el art. 21.1.a) y c) distingue netamente entre lo que son las deudas del causante, las cargas de la herencia y las deudas generadas por la propia herencia³⁶. Estas últimas, las deudas de la propia herencia como tales pueden ser definidas como las surgidas tras la muerte del causante, pero no intrínsecas al fenómeno de la sucesión sino como consecuencia de la propia existencia de un patrimonio subsistente en el tráfico jurídico. Son: los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas” (art. 21.1.a) LDCV. Y, art. 21.1.c) LDCV: “los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como de las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante, o que se derivan de su explotación, cuando no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario”).

³⁶ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. “Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco. *JADO, Boletín de la AVD-ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 15, N°. 28, 2017, pp. 611 y 614 y ss.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

2.2. *La herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio es susceptible legalmente de ser titular de derechos propios*: El citado art. 43.4 LDCV, íntegro, afirma que “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”. Con lo que no sólo una, sino dos veces habla de ello:

Es claro que el comisario puede enajenar bienes de la herencia a su arbitrio y “sustituirlos por otros” también a su arbitrio. PARRA LUCÁN³⁷, se plantea si los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia. Entendemos que dada su falta de legitimación procesal para ejercitar acciones sobre la herencia conforme a la jurisprudencia no cabría tal posibilidad en Derecho Civil Vasco. No obstante, recordemos que conforme al art. 43.5 LDCV “Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios menores o incapaces, la autorización judicial”. Luego dichos legitimarios tampoco podrán inmiscuirse en los bienes que adquiera el comisario en sustitución de los enajenados, pues no hay prohibición al efecto.

³⁷ PARRA LUCÁN, María-Ángeles. “La fiducia sucesoria”. En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN 978-84-92606-22-1, pp. 603.

3. La herencia pendiente del ejercicio de la fiducia es un patrimonio separado susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones en el Derecho civil autonómico español

El art. 453 CDF Aragón es más contundente, pero dice lo mismo en su ap. 2 “La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación” y el ap. 3 “3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados”³⁸.

De la misma manera, el art. 424-4.2 CCCataluña “El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, car-

³⁸ LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”, en José-Luis Merino Hernández (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones aragonesas*, obra cit., pp. 422: “La doctrina, en interpretación del art. 113 derogado de la Compilación, se planteó el problema del destino de lo recibido en contraprestación a los bienes del caudal hereditario dispuesto por la comunidad hereditaria, si debería aplicarse a los mismos la subrogación real o por el contrario no se precisaba. Para concretar la cuestión se hacía necesario precisar las dos posibilidades del destino que se iba a dar a los bienes: si los actos dispositivos tenían la función de satisfacer obligaciones, se producía el autoconsumo y no se podría hablar de subrogación o si, por el contrario, el contravalor se daba en metálico para agilizar el patrimonio o se trataba de una permuta en la que un bien debía ocupar el lugar del desaparecido en el patrimonio al entender que había una subrogación real”. ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*. Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2013. ISBN: 978-84-9059-052-2, pp. 210, admite que “Luego entonces, el fiduciario sin consentimiento expreso del comitente y cumpliendo con la ley, puede vender todo el patrimonio del causante y convertirlo en títulos valores, por ejemplo”.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

gas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia³⁹.

También la ley 287 CDFNavarra⁴⁰ permite según la doctrina la adquisición de bienes por el fiduciario-comisario para la herencia. Esta facultad de disposición a título oneroso sobre los bienes hereditarios está sujeta a la modulación que fije el causante, siendo tradicional que éste autorice al fiduciario-comisario para disponer y consumir el producto de la venta en caso de necesidad. En otro caso, lo obtenido por la enajenación a título oneroso, como producto de la gestión de la herencia, quedará subrogado en el lugar de los bienes que salieren de la herencia, salvo que se hubiera destinado al pago de las deudas o cargas de ésta⁴¹.

³⁹ POZO (del) CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Marcial Pons, Madrid, 2017. ISBN 978-84-9123-424-1, pp. 136: “incrementan el patrimonio relicto a favor de los descendientes elegibles”. PUIG FERRIOL, Luis. “Capítulo XI. Disposiciones fiduciarias”. En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 276: “Esta posición del consorte superviviente se ha configurado como una legitimación legal para actuar sobre un patrimonio ajeno, sobre el que no tiene ningún tipo de titularidad (a menos que el cónyuge o conviviente premuerto les haya conferido el usufructo de la herencia), que le permite gestionar el patrimonio hereditario en su beneficio y de sus descendientes, y una legitimación para actuar como órgano ejecutor de la sucesión por la vía de pagar deudas, cargas y legítimas, pero sin que pueda hacer suyos los frutos y rentas no consumidas”.

⁴⁰ Ley 287. “Situación de dependencia. Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o es una persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los fiduciarios”.

⁴¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “Título XI. Los fiduciarios-comisarios”. En Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil*

III. INSCRIPCIÓN DE BIENES INMUEBLES A FAVOR DE LA HERENCIA PENDIENTE DEL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO

1. Principio registral de especialidad: Determinación del titular registral

Acreditado que en la actualidad es pacífico el acceso al Registro de la propiedad de adquisiciones de inmuebles verificadas en favor de patrimonios sin personalidad jurídica en ciertos supuestos, resta superar otros obstáculos adicionales.

El primero de ellos es la inscripción de los bienes a favor de un patrimonio sin personalidad que carece de titular, ya que es precisamente el ejercicio del poder testatorio por parte del comisario el que determinará, dentro de las facultades conferidas en el instrumento público notarial rector de la sucesión, quién, cuándo y cómo hayan de determinarse dichos titulares, bien sobre el patrimonio en su conjunto, bien sobre determinados bienes que formen parte del mismo.

El principio de especialidad hipotecario exige que en la inscripción se hagan constar “*e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.*” pudiendo practicarse también, como se ha visto, en favor de patrimonios sin personalidad jurídica en los casos en que puedan adquirir bienes con arreglo a las leyes.

El art. 51, regla 9ª RH desarrolla lo anterior señalando que: “*b) Si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro*

de Navarra. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 875. NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. T. I. Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 883.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.”, exigencia que, con las debidas modulaciones, es aplicable a los patrimonios sin personalidad.

En los casos de pluralidad de titulares, deben hacerse constar las cuotas que correspondan a cada titular, art. 54 RH, si bien hay excepciones:

- Los bienes pertenecientes a la comunidad matrimonial de gananciales, conquistas, consorcio o comunicación foral de bienes (arts. 90 y ss. RH).
- Los bienes pertenecientes a comunidades en mano común o germánicas como los montes vecinales en mano común, que se inscriben genéricamente a favor de “los vecinos” de determinado municipio.
- Las inscripciones de cotos mineros (art. 62 RH), aprovechamientos de aguas a favor de comunidades de regantes (art. 64 RH) o de aguas privadas (art. 66 RH).

La Compilación Navarra admite la llamada comunidad solidaria sobre derechos reales (Ley 378), en que cada cotitular del derecho real puede ejercerlo por sí; la RDGRN 25-12-84 consideró que no era admisible en el derecho común respecto de los derechos reales, aunque sí de crédito; la admitió de forma “excepcional” RDGRN 15-02-2000 respecto del derecho real de hipoteca y probablemente hoy se admitiría siempre que hubiera una razón suficiente para justificar su utilidad en atención a las circunstancias del caso concreto.

La legislación hipotecaria contempla también las inscripciones en que el titular registral no se publica directamente, sino de forma mediata *ob rem* o *propter rem*. Son los casos de las servidumbres prediales (art. 13.2 LH) o la hipoteca en garantía de títulos transmisibles al portador o endosables, constituidas a favor de los tenedores presentes o futuros de los títulos (arts. 150 y 154 LH).

2. Inscripción en favor de titularidades condicionales

Cuando una determinada titularidad está sujeta a una condición se produce un desdoblamiento de la titularidad *pendente conditione* y una vez cumplida. El art 9 LH señala que “La inscripción contendrá ... c) La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba.”. Precisa el art. 51.6 RH que “Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”.

La doctrina considera que ha de tratarse de una auténtica condición establecida por voluntad de los interesados (*conditio facti*), no siendo son inscribibles las “*conditio iuris*”, deben ser establecidas en un acto/contrato inscribible, susceptible de producir una modificación jurídico-real (no meramente obligacional) y haber un pacto con “plazo” determinado para su cumplimiento.

Pendente conditione, el Registro publica 2 titularidades, la actual y la expectante, sin que a favor del titular expectante operen la presunción posesoria del art 38.1 LH ni el ejercicio de la acción real del art 41 LH. Cada titular podrá disponer de su derecho, quedando el adquirente sujeto a los avatares que resulten del definitivo cumplimiento o incumplimiento de la condición registrada, momento en que desaparecerá la incertidumbre y se purificará la titularidad, con plenos efectos retroactivos erga omnes.

El art. 23 LH señala que “***El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro bien por medio de una nota marginal, si se consuma***

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse. Como señala la doctrina, la mención de la rescisión es incorrecta e impropia, olvida que también el “incumplimiento” debe hacerse constar en el RP, normalmente mediante un asiento de cancelación. Tratándose del cumplimiento de una condición resolutoria, deberá procederse a la reinscripción a favor del transferente, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación y la jurisprudencia.

3. Inscripción en favor de titulares transitoriamente indeterminados

Y, lo que resulta decisivo para el objeto del presente estudio, también prevé la legislación hipotecaria la inscripción en casos en que existen situaciones jurídicas de pendencia, en las que el titular del derecho inscrito está “*transitoriamente indeterminado*”. En estas situaciones de pendencia o interinas *normalmente* existe un *titular interino* y un *titular preventivo* (susceptible de convertirse en titular definitivo). Como ejemplos se pueden citar:

- Los derechos sucesorios derivados de heredamientos y otros pactos sucesorios en favor de hijos nacederos (art. 77 RH), incluso a favor de *concepturus* (RDGRN 28-01-1988). Se incluirían los sujetos a sustituciones fideicomisarias en favor de determinadas personas que existan en el momento del fallecimiento del fiduciario, así como el denominado pseudousufructo testamentario, en que los titulares de la nudapropiedad sólo se determinarán en el momento del fallecimiento del usufructuario.
- Los bienes sujetos a reservas hereditarias (arts. 811 y 968 CC y concordantes autonómicos).

- Las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador (arts. 150 y ss. LH).
- Los derechos resultantes de negocios jurídicos hechos en favor de persona a designar, ex Ley 514 Compilación Navarra. La RD-GRN 4-01-1999 admitió la inscripción de una opción mediadora, que ejerce la persona designada por el titular del derecho de opción, sin necesidad de transmitir el derecho ni de inscribir previamente la designación en el Registro; previamente en numerosas resoluciones de 1994 y 1995, la DG había admitido el ejercicio de la opción de compra sin necesidad de la previa inscripción del derecho de opción, muy corriente en los casos de ejercicio de la opción en los contratos de leasing inmobiliario.
- La adjudicación a favor de un rematante *reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero*, art 647 LEC, cuya inscripción admitió la RDGRN 11-06-2015.
- Los bienes integrantes de patrimonios protegidos a favor de personas con discapacidad sujetos a los derechos civiles catalán y navarro puesto que conforme a los arts. 227-2 CCC y ley 44 a) II FNN “es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real” y “no otorgará titularidades ni derechos reales al beneficiario”, respectivamente.

En estos casos, en el Registro de la Propiedad se hace constar tanto *la titularidad interina* como la *preventiva*, distinguiendo para esta última:

- Si son personas “determinadas”, se harán constar sus circunstancias en la inscripción.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

- Pero si se trata de personas “indeterminadas” (i.e. un *nasciturus* o *concepturus*): Se hará constar en el Registro las circunstancias o elementos que permitan *su posterior identificación*, para que una vez que se produzca el evento pueda inscribirse la titularidad definitiva.

4. Publicidad registral de la herencia yacente

Cuando la herencia está pendiente de aceptación por todos o alguno de los herederos y en consecuencia, el haber hereditario está pendiente de reparto, estamos ante un supuesto de herencia yacente y los coherederos gozan de un derecho hereditario en abstracto, consistente en una cuota —resultante directamente del título sucesorio o de hechos o actos jurídicos posteriores, tales como renunciaciones, fallecimientos anteriores o sobrevenidos, etc.— sobre la totalidad del patrimonio pendiente de reparto.

No debe confundirse esta cuota sobre la herencia, susceptible de cesión en conjunto, con una cotitularidad concreta sobre todos y cada uno de los bienes y derechos que la integran. Mientras no se concrete ese derecho hereditario en bienes o en cuotas indivisas sobre los mismos⁴², el coheredero podrá disponer de su derecho o cuota en conjunto, pero no de bienes concretos ni de cuotas indivisas sobre los mismos. Sin perjuicio, claro está del derecho de todos los coherederos, al agotar el poder de disposición sobre cada uno de dichos bienes o derechos puedan transmitir alguno de ellos antes de liquidar el patrimonio, subrogándose⁴³ el precio o el bien

⁴² Por este motivo suele decirse que la comunidad hereditaria es una comunidad germánica o en mano común. Esta afirmación no es exacta, puesto que en la comunidad germánica no hay copropietarios con una cuota determinada y en la comunidad hereditaria sí la hay. Lo que ocurre es que la comunidad y la cuota de cada coheredero se ostenta sobre el conjunto patrimonial y no sobre los bienes que lo integra. Respecto de cada bien no hay una cuota concreta y en este sentido el derecho de cada coheredero es similar al del integrante de una comunidad germánica.

⁴³ En este caso es una subrogación real.

obtenido en el lugar del enajenado y con la posibilidad de que, mediante una liquidación parcial de la comunidad hereditaria, se repartan el precio.

Aunque en el patrimonio relicto pueden ingresar bienes como consecuencia de la enajenación de bienes o el ejercicio de derechos de crédito o de naturaleza real que ostentase el causante, el destino de la herencia yacente es su liquidación, al punto de que el pacto o disposición que prohíba dividir la herencia sólo puede tener una duración de 10 años (arts. 400.2, 1051 y 1700.4º y 1704 CC, con la excepción derivada del art. 1705 CC). No entendida en el sentido de una liquidación patrimonial propiamente dicha con pago a los acreedores y legatarios y entrega del remanente a los herederos, sino como la liquidación impropia de una situación provisional que culmina con la subrogación personal de los herederos en lugar del causante, respecto de todas las relaciones jurídicas que no se extingan por el fallecimiento de éste⁴⁴.

A diferencia del derecho francés, que admite la inscripción registral del derecho hereditario en abstracto, esto es, el derecho a recibir los bienes o cuotas indivisas sobre los mismos adjudicados en la partición (*partage*) de la herencia, en el derecho español sólo puede ser objeto de anotación preventiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 LH:

“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: (...)

Sexto. Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.

⁴⁴ En los derechos civiles continentales, los herederos son continuadores de la personalidad jurídica del causante, a diferencia de los sistemas de common law, que son sistemas de liquidación del patrimonio hereditario. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan. *Pasado y futuro del albaceazgo*, ponencia de las jornadas sobre el Cientocincuentenario de la Ley del Notariado, La Toja, junio de 2012.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

Séptimo. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria (...)”.

El artículo 146 del Reglamento Hipotecario señala que se practicará a solicitud de los herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota y de los acreedores de la herencia, cuyos créditos no estén garantizados especialmente o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública.

Es decir, en nuestro derecho, no cabe la inscripción de bienes a nombre de la herencia yacente que, mientras no se verifique la partición permanecerán inscritos a nombre del causante. Y los herederos (o los acreedores de la herencia), antes de la partición, sólo pueden solicitar la anotación preventiva de su derecho hereditario en abstracto, que muy rara vez es solicitada.

Sin embargo, esta tesis clásica, ha sido superada por la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. La Resolución de 1 de marzo de 2024 (BOE 27 de marzo), tras recordar su propia doctrina en relación con las anotaciones de demanda contra la herencia yacente, concluye que “debe concluirse la admisibilidad de la inscripción a favor de la herencia yacente, como una situación caracterizada por la existencia de titularidad transitoriamente indeterminada hasta que los herederos ejerciten el «ius delationis» al adir la herencia.”

5. Publicidad registral de la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio

¿*Quis iuris* en este caso?

La aplicación de las normas anteriores para la herencia pendiente de asignación es, sin duda, tentadora. Siendo situaciones diferentes, parecen evidentes las analogías entre ambas. Fallecido el causante, sin perjuicio de

la inscripción del usufructo del viudo comisario, en su caso, los herederos podrían solicitar la anotación preventiva de su derecho, con la particularidad de que se trataría de derechos *sub conditione*, sujetos al resultado del ejercicio del poder testatorio por el comisario.

Sin embargo, esta solución, más que sencilla nos parece simplona y no está exenta de problemas. El primero de ellos, no menor, es que las anotaciones preventivas son *numerus clausus* en nuestro derecho y la doctrina administrativa de la Dirección General ha sido extremadamente restrictiva en su aplicación, inadmitiendo, por ejemplo, anotaciones de demanda penales, al no estar previstas expresamente en la normativa hipotecaria. Si en materia de inscripciones, la de derechos sujetos a condición no plantea problema alguno en la actualidad, en materia de anotaciones es mucho más problemático.

A lo anterior cabría añadir que existe entre la herencia yacente y la pendiente de asignación una diferencia sustancial. Mientras que en la herencia yacente la sucesión está abierta y hay unos titulares determinados o determinables de unos derechos hereditarios en abstracto pendientes de concreción, en la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio, no hay herencia abierta ni derecho alguno a favor de ninguna otra persona que el comisario. Señala con claridad el art. 17.2 *in fine* LDCV que la herencia no se abre hasta que el comisario ejerce el poder testatorio que le ha sido conferido (art. 17.2 *in fine* LDCV). Por tanto, salvo que del título sucesorio por el que se nombra un comisario y se le concede un poder testatorio se desprenda otra cosa, el heredero presunto sólo ostenta una simple expectativa de que en el futuro tal poder pueda ser ejercitado en su favor y tal expectativa no nace facultad o derecho alguno, como no sea la protección de la legítima colectiva, a la que más adelante nos referiremos.

Las fuertes restricciones a la admisión de anotaciones preventivas tienen un fundamento claro. El dominio se presume libre y por tanto, las

limitaciones deben ser expresas. El fundamento de la publicidad registral es facilitar el tráfico jurídico inmobiliario mediante la inscripción, reduciendo los costes de transacción y la protección de los derechos inscritos. Pero como por este mismo motivo la anotación de derechos restringe la circulación de los bienes, es esencial que sólo puedan anotarse aquellos que se deriven de situaciones jurídicas que merezcan tutela jurídica en perjuicio de terceros.

Una anotación preventiva a favor de herederos presuntos debería estar amparada, por tanto, en el título sucesorio o en la ley. Sería factible, por ejemplo, en una herencia en la que los herederos ya hubieran sido instituidos por el causante correspondiendo al comisario asignar los bienes correspondientes y el momento de hacerlo, posibilidad ampliamente usada en los casos de herederos menores de edad o con discapacidad requerida de medidas de apoyo en los pactos sucesorios con eficacia *post mortem*. Fuera de estos casos, los presuntos herederos no tienen acción alguna para entorpecer el ejercicio del poder testatorio por el comisario, de manera que únicamente en virtud de resolución judicial cabría ordenar la práctica de anotaciones preventivas a favor de los legitimarios expectantes cuando la conducta del comisario pudiera perjudicar gravemente la legítima colectiva de los descendientes. Todo ello, se entiende, sin perjuicio de que en defensa de los derechos de la legítima colectiva pueda practicarse la mención del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, como señaló la Resolución de 2-07-2020, algunas de cuyas conclusiones veremos con más detalle.

Podría alegarse que, si la Ley Hipotecaria no admite la inscripción del derecho hereditario en abstracto a favor de herederos conocidos y determinados, con mayor razón habrá de rechazarse la inscripción de un derecho en favor de titulares indeterminados sobre una herencia pendiente de asignación. Si no es inscribible un derecho concreto sobre una masa

de bienes, pero abstracto en cuanto a que no está determinada ni concretada la porción que corresponde al heredero sobre bienes concretos de la misma, menos aún será admisible la inscripción de bienes concretos a favor de personas indeterminadas.

Sin embargo, esta solución, que en realidad es una no solución, dista sobremanera de ser satisfactoria, pues no encaja bien con la necesidades del tráfico e impone para la realización de actos dispositivos sobre los bienes integrantes del caudal, la previa aceptación —siquiera sea a título singular— de la herencia y, en consecuencia el ejercicio del poder testatorio, en contra de la voluntad del causantes y del comisario —no se olvide que el poder testatorio habitualmente se concede en provecho del mismo y que suele ser el cónyuge viudo.

La pregunta que nos hacemos es ¿existe alguna solución? Y nuestra respuesta es afirmativa.

6. Inscripciones hereditarias en casos especiales

En la actualidad, la proliferación de relaciones jurídicas con elemento internacional y el enorme crecimiento de los derechos civiles autonómicos no se ha visto acompañada por la deseable, cuando no imprescindible adaptación del derecho adjetivo a las necesidades y retos planteados, que poco o nada tienen que ver con los existentes en el momento en que se elaboraron las normas, requeridas de una interpretación adecuada a un contexto y una realidad jurídica y social bien distintos a los existentes en el momento de elaboración de la Ley Hipotecaria.

En lo relativo al derecho notarial, los problemas de *adaptación* pueden resolverse con relativa facilidad, dado que su contenido normativo no se caracteriza precisamente por su encorsetamiento formal, sino todo lo contrario. De este modo, *gracias a sus carencias normativas*, el sistema

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

notarial permite proporcionar soluciones jurídicas seguras y robustas perfectamente adaptadas a las necesidades actuales y así lo demuestran los legisladores estatal, autonómicos e incluso europeos mediante la constante atribución de nuevas competencias a los notarios que, sin embargo, no vienen acompañadas por la correspondiente, deseable y a veces también imprescindible, actualización de la legislación notarial.

En materia registral, la situación es parecida, si bien como es lógico, la legislación hipotecaria es bastante más estricta y es preciso encontrar vías para poder sortear preceptos que en muchos casos son normas zombis, materialmente derogadas, pero formalmente en vigor⁴⁵. Afortunadamente, algunos preceptos de la ley hipotecaria previstos con finalidades diferentes pueden servir y de hecho suelen servir de cauce para dar salida a situaciones como la que es objeto del presente trabajo. Siempre que, claro está, nos acerquemos a ellos con una visión distinta, que parta del contexto jurídico-político actual, en el que las fuentes del ordenamiento jurídico ya no son el Código Civil y marginalmente los derechos forales y el derecho extranjero, situación en la que se redactaron la Ley Hipotecaria y su Reglamento, sino que deben contemplar necesariamente realidades jurídicas ajenas al derecho civil general del Código Civil. Realidades que existen no sólo en los derechos civiles *forales y especiales*, sino en las disposiciones administrativas y urbanísticas del derecho autonómico.

⁴⁵ Esto es particularmente problemático en lo relativo al Reglamento Hipotecario, norma que es inderogable de facto. Formalmente, sólo la Sala 3ª del Tribunal Supremo puede derogar un reglamento, como de hecho hizo la STS 31-1-2001 con buena parte de la reforma introducida por el RD 1867/1998. Sin embargo, los recursos judiciales contra las calificaciones registrales negativas y contra las resoluciones desestimatorias de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública son competencia de la jurisdicción civil, de manera que sólo pueden inaplicar la norma reglamentaria por considerarla derogada, pero no expulsarla del ordenamiento jurídico, lo que provoca tensiones y rigideces en el sistema registral poco compatibles con sus fines y las necesidades del tráfico jurídico.

Un problema cada vez más frecuente es el de las herencias de ciudadanos británicos con residencia habitual en España. Siguiendo por fin a la doctrina y práctica notariales, la Dirección General ha decantado, tras ciertas vacilaciones iniciales, una doctrina según la cual, la aplicación por la vía de la *professio iuris* tácita del derecho inglés, muy relevante a los efectos de la legítima de los descendientes, inexistente en dicho derecho, no implica que necesariamente deban aplicarse sus normas a la liquidación de la herencia. De manera que no procederá el nombramiento de un *executor* si los herederos de común acuerdo llegan a un acuerdo sobre el reparto de los bienes y otorgan la correspondiente escritura de partición.

En relación con este asunto con la claridad compatible con la profunidad en él habitual, Martorell García, escribe lo siguiente en su página web:

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/coadyuvantes-notariales-en-las-sucesiones-transfronterizas/#u33>

“3.3 Utilización de los ejecutores hereditarios

Lo anterior no quiere decir que, si contamos con tales ejecutores y administradores hereditarios, no podamos utilizarlos.

El problema es que el «*executor*» británico es lo que se conoce como un «falso amigo», pues no puede traducirse diciendo que es un «ejecutor», ya que al estar ligado a la liquidación poco se parece a nuestro albacea y contador-partidor.

Cuestión distinta es si, en el típico testamento «*simpliciter*» para el patrimonio español de un inglés con «*professio iuris*» por su ley nacional, puede nombrarse un propiamente «*executor*» y decir (¿o entenderse tácitamente?) que, en defecto de tal consideración, tendrá el estatus y funciones del albacea y contador-partidor, siendo conveniente precisar si ostenta fa-

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

cultades dispositivas. ¿Lo impide la ley sucesoria inglesa aplicable? No lo impide porque ni siquiera piensa en ello. Sería una disposición testamentaria puramente voluntaria cuyo contenido se llena por referencia a una norma extranjera y, en su caso, se completa con las facultades necesarias.

En tal caso si son ellos quien, en virtud de sus facultades legales o testamentarias, proceden a la transmisión del inmueble, considero que **su actuación se imputa a la herencia (como patrimonio de destino) y no al causante (cuya personalidad se ha extinguido) ni a los beneficiarios últimos (que pueden no haber aceptado todavía la herencia, que nada deciden sobre la transmisión del inmueble y que lo que realmente van a recibir es el producto de la venta).** (...) el juego civil, al facilitar la mecánica de venta, especialmente si concurren menores o personas con discapacidad declarada; y registral, pues en herencias con muchos bienes y llamados puede convenir, por generar tales facultades dispositivas una sola inscripción por finca, en el caso de que interese su publicidad previa conforme al art. 2-3 Ley Hipotecaria. En este sentido puede verse la Resolución DGRN de 18 de julio de 2012 que en relación con la inscripción a favor del fiduciario no exige que se determinen las cuotas indivisas de los fideicomisarios”.

Dice con razón Martorell García que el *executor* no es un ejecutor al modo del albacea contador-partidor del Código Civil; *mutatis mutandis*, tampoco el comisario se parece a éste en nada, al contrario, la adaptación de la figura del *executor* al derecho español *rectius*, a un derecho español, tendría mucho más que ver con los fiduciarios o comisarios que con diversas advocaciones y regímenes regulan los derechos civiles españoles, incluido el Código Civil. Como hemos demostrado en este trabajo, está fuera de toda duda que el patrimonio hereditario pendiente de asignación no es, a diferencia de la comunidad postganancial o la herencia yacente, un patrimonio destinado a su liquidación, sino que es un patri-

monio dinámico que, aun carente de personalidad jurídica, puede poseer, adquirir y enajenar bienes, incluidos inmuebles, mediante la actuación de su comisario que, como administrador, es quien ostenta su representación *orgánica* (art. 37.1 LDCV). Todo ello sin perjuicio de que determinados actos –no por cierto los de adquisición de inmuebles– requieran el consentimiento de uno cualquiera de los legitimarios, siempre que no conste que la legítima colectiva ha sido pagada o renunciada.

Conforme al artículo 2.3 de la Ley Hipotecaria, son inscribibles **“Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.”** Y aclara en este caso el artículo 20 de la Ley Hipotecaria que **“No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes.”**

Una atenta lectura de ambos preceptos permite extraer conclusiones a nuestro modo de ver, irrefutables:

- a) El nombramiento de un comisario, encargado de la transmisión de los bienes de una herencia a los herederos del causante que él designe, es una situación subsumible en el art. 2.3 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, el causante no le ha adjudicado los bienes, pero sí le ha encargado que los administre en términos amplísimos “con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado”.
- b) El art. 20 LH incluye una enumeración abierta de supuestos en que una persona *actúe con carácter temporal como órgano de representación y disponga de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes.* Este carácter abierto permite incluir al comisario, no ya por analogía, sino

de forma directa, por estar investido de un poder legal de representación derivado de un título sucesorio y ello con independencia de la postura que se adopte acerca de su naturaleza jurídica (representación *post mortem* o fiducia sucesoria).

c) Al señalarse que *no será necesaria* la previa inscripción o anotación del derecho a favor del comisario, se está dando por sentado sin ningún género de duda que dicha inscripción es posible. En el caso de enajenación de bienes por parte del comisario no nos encontramos ante un supuesto de tracto abreviado sino del ejercicio directo del poder de disposición sobre bienes ajenos.

d) Aunque el art. 20.3 LH parece estar pensando en la situación de la herencia yacente, no se limita a ese supuesto. Incluye también titularidades fiduciarias (fiducia *cum amico*) derivadas de la representación indirecta (en nombre propio y en interés ajeno), no siendo exigible la previa inscripción a favor del titular aparente, aunque sea perfectamente posible, como señaló la RDGSJYFP 19-10-2022 con cita de un buen número de precedentes incluyendo sentencias del Tribunal Supremo desde 1900 y resoluciones de la propia Dirección General desde 1958⁴⁶. Esta aproximación es muy importante, pues cierra el paso de raíz a una interpretación restrictiva que limitaría la inscrip-

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000, 31 de octubre de 2003, 6 de julio de 2004, 6 de julio de 2006, 2 de abril de 2012 y 30 de mayo y 10 de junio de 2016; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1958, 30 de junio de 1987, 18 de octubre de 1989, 19 de enero de 1994, 15 de abril de 1999, 10 de marzo y 2 de septiembre de 2004, 6 de julio de 2006, 7 de marzo y 21 de marzo de 2015 y 13 y 21 de junio y 20 y 25 de julio de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 12 de junio de 2020 y 30 de noviembre de 2021.

ción a favor del comisario únicamente de los bienes integrantes del caudal relicto en el momento del fallecimiento del causante. De hecho, en el listado de supuestos subsumibles en el precepto, el de la herencia yacente no es el primer supuesto, sino el cuarto.

d) No existiendo obstáculo registral para la inscripción de los bienes inmuebles inventariados a nombre del comisario (aunque la falta de inscripción a su nombre no impedirá la inscripción de los actos dispositivos que efectúe en ejercicio del poder testatorio), tampoco lo habrá para inscribir los que después adquiera para el patrimonio hereditario pendiente de asignación en ejercicio de las facultades orgánicas de representación atribuidas por el causante y la LDCV. Esto es, si por virtud de las normas rectoras de la sucesión el comisario puede adquirir bienes para el patrimonio relicto, deberán ser inscritos en el registro a solicitud del comisario.

Otro problema, ajeno al presente trabajo será si la adquisición de bienes para el patrimonio hereditario está limitada al juego de la subrogación real —bienes adquiridos como consecuencia de la enajenación de otros— o si el comisario o un tercero podrían hacer aportaciones independientes a dicho patrimonio, postura que no debería ser descartada por principio pues, a diferencia de la herencia yacente, la herencia pendiente no es un patrimonio destinado a su liquidación sino un patrimonio vivo, dinámico que puede ser perfectamente un patrimonio productivo, como se desprende de su tratamiento fiscal.

e) Un argumento adicional de extraordinaria fuerza en apoyo de esta solución lo constituye el reflejo registral de las sustituciones hereditarias, que es el supuesto que más se asemeja a la situación de la herencia pendiente de asignación es la de las sustituciones hereditarias, al punto de utilizarse en muchas legislaciones la misma expresión de “fiducia-

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

rio” —no en el caso vasco— para designar al primer heredero y al administrador del caudal hereditario.

En el caso de la sustitución vulgar, no se refleja nada en el Registro, dado que el sustituto nada tiene desde el momento en que hay un heredero. Sin embargo, en el caso de la sustitución fideicomisaria, el fideicomisario ostenta una titularidad, sea condicional o a término, incluso en el caso de la sustitución de residuo en que el fiduciario está legitimado para disponer de los bienes recibidos, subrogándose lo obtenido en lugar de lo enajenado.

En este caso, sí que procede la inscripción de la situación conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que en lo que aquí interesa dispone:

“En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.

Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.”

De lo expuesto, no resulta en absoluto temerario concluir que la circunstancia de que un determinado inmueble forma parte de una herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio es perfectamente inscribible al amparo de lo dispuesto en los arts. 2.3 y 20 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento. El reflejo registral podría, a nuestro juicio, producirse por diferentes vías, no excluyentes entre sí:

i) Mediante la constancia registral del usufructo a favor del cónyuge viudo comisario, haciendo constar esta última circunstancia en la inscripción. Esta solución puede ser calificada como un parche, pues

no servirá en el caso de que el comisario, sea o no el viudo, no sea usufructuario.

ii) Mediante la inscripción de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de la herencia pendiente de asignación a nombre del comisario como representante legal del patrimonio hereditario pendiente de asignación, haciéndose constar en la inscripción dicha circunstancia.

iii) Mediante el reflejo por nota marginal en la inscripción de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de la herencia, del fallecimiento del titular registral y estar pendiente el ejercicio del poder testatorio por parte del comisario.

iv) Mediante la inscripción a nombre del comisario de su titularidad fiduciaria, haciendo constar las personas concretas o las circunstancias de aquellas entre las que el comisario pueda elegir para asignarles el bien.

En cualquier caso, el Registro deberá publicar conforme a las reglas generales de la normativa hipotecaria y según lo que resulte del título o de la ley sucesoria, las causas de extinción del usufructo y del poder testatorio, las restricciones al poder de disposición del comisario establecidas por el causante mediante su transcripción en el asiento, en su caso, o por remisión a la ley sucesoria.

En todo caso, las inscripciones anteriores son compatibles con la “mención” legitimaria a que hace referencia el art. 15 LH. Este precepto, redactado teniendo en cuenta del carácter de *pars valoris bonorum* que tenía la legítima catalana y que hoy ha perdido su vigencia para las herencias sujetas al derecho catalán, es aplicable a las herencias vascas sujetas al ejercicio del poder testatorio. En concreto, el juego combinado de la LDCV y el art. 15 LH implicaría:

a) La constancia de oficio o a solicitud del comisario o de cualquier interesado.

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

b) La posibilidad de que por nota marginal, el comisario asigne bienes concretos para pago o su afección en garantía de la legítima colectiva.

c) Las referidas menciones se practicarán aunque no hayan tenido intervención los legitimarios (presuntos) y aunque éstos no estén individualizados por no haber hecho uso el comisario del poder testatorio ni estar nominativamente designados por el causante.

d) La mención legitimaria (o su ausencia) sólo producirá efectos respecto de los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no entre comisario y legitimarios, cuyas relaciones se registrarán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante.

e) Aunque el precepto establece la afección solidaria por plazo de 5 años desde la fecha de la mención de los bienes inmuebles al pago de las legítimas, cualesquiera que sean las disposiciones del causante o los acuerdos del comisario, creemos que no es aplicable a las herencias sujetas al Derecho civil vasco, al no establecer la LDCV ninguna previsión en este sentido.

f) En cualquier caso, la mención legitimaria caducará sin excepción pasados 20 años desde el fallecimiento del causante, sin que sea aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 82 in fine del Reglamento Hipotecario, que permite, transcurridos 30 años desde el fallecimiento del fiduciario, sin que los fideicomisarios hubieran hecho actuación alguna, instar el expediente de liberación de cargas y gravámenes para cancelar el fideicomisario.

g) Los bienes hereditarios se inscribirán sin mención alguna de derechos legitimarios, cuando la herencia tenga ingreso en el Registro después de transcurridos veinte años desde el fallecimiento del causante.

En todo caso, la aplicación del régimen del artículo 15 de la Ley Hipotecaria ha sido superado, como consecuencia de la Sentencia 4/2024, de 10 de junio del TSJ del País Vasco, que ha señalado taxativamente que la legítima vasca tiene carácter *pars valoris*.

IV. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco ha supuesto el nacimiento de un sistema sucesorio nuevo, distinto al del Código Civil. Como consecuencia del reparto competencial entre el estado y las comunidades autónomas establecido por el artículo 149.1.8ª de la Constitución, es competencia estatal exclusiva “en todo caso” las normas sobre “ordenación de los registros e instrumentos públicos”.

Esta competencia debe interpretarse en el sentido adjetivo o procedimental del término, esto es, la competencia del estado se extiende –en relación no exhaustiva– a todo lo relativo a las normas de organización y funcionamiento de los registros jurídicos y los requisitos formales de los documentos inscribibles y los efectos de la inscripción o de su falta.

Sin embargo, los requisitos sustantivos de cada institución es competencia del legislador estatal o autonómico, pues en el ámbito normativo reservado por la Constitución, la competencia autonómica es exactamente la misma que la del estado, desde el punto de vista cualitativo.

Esto quiere decir que el corpus legal y el acervo doctrinal construido sobre la normativa hipotecaria debe tener en cuenta esta realidad. Una lectura atenta de la legislación hipotecaria y su interpretación acorde con un estado plurilegislativo como es el español, debe impedir que una aplicación automática, rutinaria y tosca de los llamados principios hipotecarios se constituya en una muralla insalvable para las legítimas aspiraciones

Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

de los ciudadanos que, en feliz expresión de Delgado Echeverría⁴⁷, “es el soberano del Derecho civil”.

⁴⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J, “*La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas Garantía constitucional de la pluralidad de Derechos civiles.*” LA NOTARÍA 2/2018, Monográfico 40º aniversario de la Constitución, Colegio Notarial de Cataluña, accesible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429027958?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheader-value1=attachment%3B+filename%3DR Revista_La_Notaria.PDF&blobheader-value2=1288803575006)