

# TESTAMENTIFACCIÓN EN LA LEY CIVIL VASCA



D. Andrés Urrutia Badiola, Notario y Profesor de la Universidad de Deusto.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como ponente hoy en el tema de la testamentifacción en esta jornada sobre el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) quiero hacer patente mi satisfacción por el hecho de que estemos cele-

brando aquí, con la participación de todos nosotros, una jornada de presentación del texto del Anteproyecto, en el que tanto empeño han puesto, en su origen, la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, y en su desarrollo posterior, la Academia Vasca de Derecho.

Ni qué decir tiene que la satisfacción es aún mayor, al contar entre nosotros con los representantes de la recién creada ponencia para el estudio de la reforma del Derecho Civil Vasco en el Parlamento Vasco, y, además, los representantes de la Hacienda Foral de Bizkaia, a los que quiero agradecer el empeño y cariño con el que siempre han acogido el derecho civil foral vasco, con la convicción de que es una realidad viva y con proyección de futuro, hasta el punto de lograr una legislación fiscal foral ejemplar y modélica para el resto de las Administraciones Tributarias, a la hora de recoger la pertinente al derecho civil foral vasco y darle un correlato fiscal adecuado.

En ese esfuerzo en el que han sido pioneros, tendrían que incardinarse también las restantes Haciendas Forales de los territorios de Araba y Gipuzkoa, y es evidente que uno de los puntos en los que la regulación será más exigente es el de los efectos fiscales de la testamentifacción que hoy me ha tocado exponer.

Lo voy a hacer de mayor a menor grado de generalidad, utilizando para ello un mecanismo de aproximación que me lleve de las características generales de los testamentos en el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV), a las más específicas de los testamentos regulados en dicho texto.

## **2. CARACTERÍSTICAS GENERALES**

Una de las grandes novedades del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) en materia de testamentos es la relación entre la legislación civil vasca y los habitantes de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Esta mañana se nos ha explicitado el mecanismo que permite conformar un auténtico núcleo de derecho civil vasco, que se extiende, básicamente, aunque no únicamente, al derecho sucesorio.

Se trata de la vecindad civil vasca, adquirida ex lege por todos los que tienen vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y que en virtud de lo establecido en el Título Preliminar del Código Civil al que se remite la ley civil vasca, sirve luego como punto de conexión para la aplicación, entre otros, de la normativa sobre el testamento mancomunado o el testamento por comisario.

En consecuencia, es conveniente exponer los rasgos de este nuevo sistema:

a) Se homogeneizan territorios y personas, esto es, ámbitos de aplicación territorial y personal en toda la Comunidad Autónoma del País Vasco, en materia de testamentos, y se extienden a toda la Comunidad Autónoma del País Vasco una serie de instituciones (el testamento mancomunado y el testamento por comisario) hoy ya vigentes en algunos territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Bizkaia, Tierra Llana, Aramaio, Laudio, y Gipuzkoa, con la conexión funcional) y cuya utilidad es evidente.

Permítaseme añadir que este mecanismo permite, a mi juicio, cumplir en toda su extensión el dictado constitucional de la “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil foral vasco y, además, hacerlo con una auténtica proyección de futuro, ya que en ningún caso son soluciones que a nadie se imponen, sino que a todos se facilita su uso si así lo desean, dentro de un concepto de libertad civil, que es constante en el campo del derecho civil vasco.

b) Un segundo efecto es el de la coincidencia entre la ley aplicable a la forma del testamento (ley civil vasca) y la ley aplicable al fondo del testamento (ley civil vasca y su sistema legitimario), evitándose así las discrepancias existentes hoy en esa materia, en el caso del artículo 13 de la Ley 13/1992, y el reciente artículo 831 del Código Civil, que, como es evidente, quedan superados por esta fórmula, como luego veremos.

c) Como también se desprende de una lectura del anteproyecto, los testamentos que vamos a exponer van a concurrir dentro del fenómeno sucesorio con la liquidación de la sociedad conyugal o régimen económico patrimonial de la pareja de hecho, que no siempre van a ser de comunicación foral; de hecho, el establecimiento del régimen de gananciales como régimen legal supletorio en el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) abre un nuevo campo que generalizará situaciones hoy en día ya existentes y que se plantean en nuestros despachos profesionales, como son el juego del testamento por comisario, la troncalidad y la liquidación de los gananciales, en base a los criterios de adjudicación preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, cuando se trata de adjudicar al cónyuge viudo la residencia habitual, que puede constituir un bien troncal.

d) El apartamiento es la clave del sistema sucesorio, como se ha dicho, pero tiene una íntima relación con el fenómeno testamentario. Sólo diré que en el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV), se produce una profunda relación entre la libertad de elección de heredero y los modos testamentarios regulados. De ahí que, al ligarse la libertad de elección de heredero con la legítima colectiva, el apartamiento es el mecanismo testamentario que permite que la preterición, sea o no intencional, equivalga al apartamiento.

e) Una última cuestión que plantearé es la que se refiere al mantenimiento de la troncalidad en la Tierra Llana de Bizkaia, y Laudio y Aramaio, que precisa de su respeto testamentario por parte del testador y testadora sujetos a la vecindad civil local vizcaína, y la nueva sanción derivada de no respetar la troncalidad en las disposiciones testamentarias, que pasan de la nulidad absoluta a la anulabilidad, con un plazo de cuatro años para la impugnación, desde el momento en que se inscribe en el Registro de la Propiedad o desde que los legitimarios tienen conocimiento del acto de disposición (artículo 69). Plazo, por tanto, preclusivo o de caducidad, transcurrido el cual, estos actos de por sí válidos, quedan plenamente ratificados. Y una cita obligada para el Fuero de Aiara, que constituye, dentro de los sistemas civiles locales, el expo-

nente de la máxima libertad de testar, por lo que quienes gocen de esa vecindad civil local ayalesa, se encontrarán en dicha situación, a la cual se aproximarán, lógicamente, los titulares de la vecindad civil vasca.

### **3. EL TESTAMENTO HIL-BURUKO**

Una de las formas testamentarias reguladas desde siempre ha sido el testamento hil-buruko. Las novedades más importantes que propone el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) son las siguientes:

a) Extensión territorial del testamento hil-buruko a todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con independencia de la vecindad civil vasca o no de su otorgante.

b) Escasa utilización como tal en la práctica.

c) Necesaria distinción entre la ley aplicable a la forma, que como ya se ha dicho es territorial, y el fondo de la sucesión de dicho testamento, que puede ser la civil vasca u otra.

d) En lo demás, parámetros reguladores idénticos a los actualmente vigentes.

### **4. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO**

Las líneas directrices de su nueva regulación en el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) son:

a) Se amplía el conjunto de personas que pueden otorgar testamento mancomunado, ya que no sólo lo son los cónyuges, sino los miembros de una pareja de hecho, los hermanos u otras personas que puedan hacerlo, al estar unidas por vínculos de parentesco o de convivencia.

b) La forma pública, ante Notario, requisito de forma esencial.

c) El punto de conexión es la nueva vecindad civil vasca, siendo, por tanto, aplicable a todos los que gocen de tal vecindad civil vasca, esto es, los habitantes de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin perjuicio de las especialidades de la troncalidad o el Fuero de Ayala.

d) Coinciden, pues, el espacio o ámbito de aplicación personal y el ámbito de aplicación territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin que se pueda olvidar, como el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) establece, que al ser un punto de conexión personal, quienes ostenten la vecindad civil vasca pueden otorgarlo fuera del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dado el carácter extraterritorial de la vigencia de las leyes civiles.

e) Se establece una distinción entre:

e.1.) Revocación del testamento mancomunado unilateral o bilateral.

e.2.) Ineficacia del testamento, en los casos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, salvo matrimonio de los miembros de la pareja de hecho.

f) Se regula el momento de la apertura de la sucesión en el caso de fallecimiento de uno de los otorgantes y la libre disposición de sus bienes del sobreviviente respecto de sus bienes.

g) Se supera la disposición del artículo 52 de la actual Ley 3/1992, relativa a la inmutabilidad de las disposiciones otorgadas por los cónyuges en el plazo de un año anterior al fallecimiento de uno de ellos.

## **5. EL TESTAMENTO POR COMISARIO**

He aquí la figura que hoy en día genera mayor atención, tanto práctica como doctrinal. Su evidente utilidad ha hecho que sea un instrumento importante dentro del fenómeno sucesorio y

cuya extensión, incluso a cuerpos legales que tradicionalmente le han sido hostiles, como el Código Civil, es una buena prueba de ello.

El texto del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) ha incidido en una serie de aspectos novedosos que enumeraré a continuación:

a) El primero, en consonancia con lo ya dicho para el testamento mancomunado y los testamentos en general, es la extensión del ámbito de aplicación territorial y personal a toda la Comunidad Autónoma del País Vasco. Así, el punto de conexión queda fijado en la vecindad civil vasca, sin perjuicio de lo dicho sobre la troncalidad y el Fuero de Aiara.

b) Se mantiene la forma en escritura pública ante Notario.

c) Se explicita el cuadro de las personas entre las que se puede elegir:

*Artículo 33.2. Si el testador ha indicado las personas entre las que el comisario ha de elegir, deberá éste atenerse a lo establecido en el poder. Si no hubiera ninguna indicación de este tipo, el comisario deberá elegir entre el cónyuge viudo, el miembro superviviente de la pareja de hecho y los herederos forzosos, y cuando se trate de bienes troncales solamente podrá elegir entre los tronqueros.*

d) Se establece un régimen detallado de administración de la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio, cuya cita expresa prefiero hacer del propio articulado, bien entendido que esta aplicación se predica del cónyuge o miembro de la pareja de hecho superviviente, tal y como la práctica ha venido demostrando y estaba ya recogido, al menos en parte, en la regulación fiscal, como resulta del artículo 8.3 del Decreto Foral 183/2002, de 3 de diciembre, por el que se desarrolla la Norma Foral 7/2002, de 15 de octubre, de Adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las Peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco.

d.1.) Facultades de administración

*Artículo 43.3. El cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho superviviente designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen, y realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido. Igualmente estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.*

d.2.) Facultades de disposición: subrogación

*Artículo 43.4. El cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho superviviente 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.*

d.3.) Facultades de disposición: bienes inmuebles:

*Artículo 43.5. Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro de la pareja de hecho superviviente 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.*

Justo es reconocer en este punto la labor de quienes, como Javier Oleaga y otros, han convencido a quienes éramos más reti-

centes que una regulación de este tipo redundaba en beneficio de la sociedad vasca.

e) Se establece una nueva causa de extinción del poder testatorio para los supuestos de la pareja de hecho:

*Artículo 45*

*El poder testatorio se extinguirá: [...]*

*9.º Por extinción de la pareja de hecho, salvo que lo sea por matrimonio entre los mismos miembros de la pareja.*

f) Se insiste en la voluntad del testador como criterio máximo para interpretar el contenido del testamento.

g) Cuestión importante es, por último, la relativa a las disposiciones transitorias aplicables al testamento por comisario.

g.1.) La disposiciones transitorias tercera y cuarta del texto del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV) recogen la aplicación a los poderes testatorios otorgados con anterioridad a la ley lo relativo al plazo de ejercicio, la posibilidad de ejercerlo en uno o varios otorgamientos y la aplicación retroactiva de lo dispuesto en el artículo 44, números 3, 4 y 5, respecto de la administración de los bienes de la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio, sin olvidarnos del usufructo vitalicio ex lege para los cónyuges comisarios con poderes anteriores al 7 de noviembre de 1992.

g.2.) Más complicado resulta, sin embargo, el futuro de los poderes testatorios otorgados al amparo del artículo 13 de la Ley 3/1992, y 831 del vigente Código Civil. La solución, a mi juicio, apunta los siguientes ribetes:

g.2.1.) Quienes ostenten ex lege la vecindad civil vasca, por virtud de lo establecido en la disposición transitoria séptima, y otorguen nuevo testamento con arreglo a la ley civil vasca, podrán utilizar los mecanismos testamentarios de ésta.

g.2.2.) Los habitantes de la CAV que, siendo vizcaínos no aforados o de vecindad civil común, hayan utilizado los mecanismos del poder testatorio ya descritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, verán cómo la disposición transitoria primera, segunda, tercera y cuarta del Código Civil, en conexión con el artículo 9.8. del Título Preliminar, les lleva a sus comisarios y fiduciarios a poder disponer con el mecanismo de la libre elección de heredero de este texto legal que se propone, sin necesidad de ninguna modificación de su testamento, y aunque fallezcan con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, puesto que habrá que atender al momento de la delación sucesoria, que deberá producirse necesariamente con el ejercicio total o parcial del poder testatorio tras la entrada en vigor de la ley.

Es éste, por cierto, un fenómeno que ya está ocurriendo en la práctica entre los vizcaínos no aforados que, otorgando poder testatorio con arreglo al artículo 13 de la Ley 13/1992, fallecen posteriormente tras haber adquirido la vecindad civil foral vizcaína. No hay duda, a mi juicio, de que la ley aplicable a la sucesión y, en consecuencia, al sistema legitimario se determina para la sucesión del causante, no en el momento del fallecimiento, sino en el del ejercicio del poder testatorio, criterio que ratifica, hoy expresamente, el artículo 17.2 del Anteproyecto (ALDCFPV):

*Artículo 17.2. La delación se producirá en el momento del fallecimiento del causante y en el lugar en que haya tenido su última residencia habitual o, en su defecto, en el lugar del fallecimiento. Si el fallecido otorga poder testatorio, la sucesión, respecto a los bienes a que alcance dicho poder, se abrirá en el momento en que el comisario haga uso del poder, o se extinga el mismo por cualquiera de las causas enumeradas en esta Ley.*

## **6. CONCLUSIONES**

Lo ya expuesto, sin embargo, nos lleva a preguntarnos por un último tema capital, cual es la finalidad de esta regulación, finalidad que no es otra que conseguir, a través de la liber-

tad de elección de heredero, un adecuado tránsito sucesorio del patrimonio familiar.

Que este hecho tiene una importancia trascendental en un lugar como la Comunidad Autónoma del País Vasco, queda fuera de toda duda, ya que de sobra es conocida nuestra estructura social, cada vez más centrada en pequeñas y medianas empresas.

Que los mecanismos sucesorios y testamentarios que los vascos y las vascas hemos creado, hemos utilizado y utilizamos, que más y mejor se adaptan a nuestra historia y forman parte de nuestra cultura, den un paso adelante es el objeto final de este texto que las concibe, no de forma aislada, sino de forma coordinada y estructurada, no al servicio de entelequias abstractas o creaciones jurídicas doctrinales, sino en torno a la persona, con esa dicción tan rotunda de los artículos 5 y 8 del Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ALDCFPV):

*Artículo 5*

*De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contradiga el interés o el orden público ni perjudique a tercero.*

*Artículo 8*

*El respeto y la consideración de la persona inspiran la legislación vasca.*

Muchas gracias por su atención.

**Andrés Urrutia**