



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

Zuzenbide Zibila Saila
Departamento de Derecho Civil

ESTUDIO SOBRE DERECHO SUCESORIO VASCO

(Bases para un nuevo régimen)

Dra. Dña. Clara I. Asua González
Dr. D. Gorka Galicia Aizpurua
Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez
Dr. D. José Javier Hualde Sánchez
Dra. Dña. Leire Imaz Zubiaur

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
PREVIO	2
DISPOSICIONES GENERALES.....	11
DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.....	11
<i>Capítulo I –Del testamento hil-buruko.....</i>	11
<i>Capítulo II –Del testamento mancomunado o de hermandad</i>	13
DE LOS PACTOS SUCESORIOS	23
DE LA FIDUCIA SUCESORIA U ORDENACIÓN POR COMISARIO.....	32
DE LA SUCESIÓN FORZOSA.....	43
<i>Capítulo I – Del régimen general</i>	43
<i>Capítulo II – De la sucesión forzosa en la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramaio.....</i>	60
<i>Capítulo III – De la libertad de disposición en Ayala.....</i>	63
DE LA SUCESIÓN LEGAL	66
<i>Capítulo I – Del régimen general</i>	66
<i>Capítulo II – De la sucesión abintestato en la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramaio.....</i>	68
DISPOSICIONES COMUNES A LAS DISTINTAS FORMAS DE SUCEDER.....	68
PREVISIONES COMPLEMENTARIAS.....	70

ABREVIATURAS

AAVD	Borrador de Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Academia Vasca de Derecho
CC	Código Civil
CCCat.	Código Civil de Cataluña
CDCB	Compilación de Derecho Civil de Baleares (Texto refundido aprobado mediante Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre)
CE	Constitución española
CS	Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre)
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
FN	Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (Ley 1/1973, de 1 de marzo)
LDCF	Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (modificada mediante Ley 3/1999, de 26 de noviembre, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa)
LDCG	Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LSAr.	Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón

PREVIO

La exposición de motivos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, después de dejar constancia de que no se había propuesto agotar la tarea ya por entonces necesaria, se ocupó de insistir en el aplazamiento momentáneo de la legítima pretensión de “lograr un Derecho Civil moderno y socialmente avanzado” al amparo del actual marco constitucional y estatutario. Por su parte, la Ley 3/1999, de 26 noviembre, de modificación de la LDCF, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, vino a superar formalmente la tradicional asimetría normativa entre los Territorios Históricos, a la vez que hacía más apremiante el regreso a la fórmula estatutaria (art. 10.5º del EAPV), para, una vez cubierta la etapa de *conservación* del legado peculiar de cada uno de los tres Fueros civiles, extraer “los rasgos comunes del Derecho Civil vasco”, dando satisfacción al requerimiento de la propia Ley 3/1992, para utilizarlos como eje de una moderna regulación autonómica. Quedó así expedita la subsiguiente posibilidad de *modificación y desarrollo*; vale decir que devino ineludible el alumbramiento de un Derecho civil para toda la ciudadanía vasca, en ejercicio de la competencia legislativa estatutariamente asumida y en los términos que la sociedad actual requiere, esto es, utilizando también el Derecho privado propio como un elemento más de identidad colectiva y de cohesión interterritorial.

La extrema dificultad de materializar el referido tránsito de los primigenios Derechos forales a un moderno Derecho civil vasco ha quedado patente, por segunda vez, durante la legislatura pasada. No bastó el respaldo de todos los grupos parlamentarios a la creación de una ponencia especial, ni el grado de coincidencia entre los expertos convocados, para evitar que dicho período de sesiones llegara a su término antes de que se obtuviera el preciado consenso sobre las claves de la inaplazable renovación del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma.

Así las cosas, la experiencia acumulada aconseja hacer el camino por tramos, siguiendo el ejemplo de otras Comunidades Autónomas dotadas de pareja competencia y bastante más avanzadas en el desarrollo de sus primitivos Derechos civiles. A la prudencia de planificar serenamente y por etapas el desarrollo ideal del Derecho civil vasco obedece, entonces, la propuesta de empezar por el estatuto sucesorio. Pero fluye asimismo de otros tres indicadores dignos de consideración. El primero, deriva de la exagerada fragmentación que la ciudadanía vasca viene padeciendo en ese particular, hasta el punto de que dentro de la misma Comunidad Autónoma pueden llegar a identificarse cuatro esquemas o estatutos sucesorios diversos, sin contar el que corresponde a los vizcaínos no infanzones. En segundo lugar, debería tomarse en cuenta el significativo desfase del sistema sucesorio del propio Código civil, por lo demás, aún vigente para la inmensa mayoría de alaveses y guipuzcoanos, así como sustancialmente aplicable también a casi la mitad de los vizcaínos (aproximadamente, 1.494.966 habitantes – 68’82 % del padrón vasco). Por último, procedería reiterar que en ese mismo terreno sucesorio converge el ejemplo de otros legisladores autonómicos más entrenados que nosotros en el

ejercicio de esa misma competencia y que, por añadidura, se identifican con propuestas cuantitativa y cualitativamente diversas a la hora de perfeccionar el Derecho civil propio (Cataluña, CS Ley 40/1991, Aragón, LSAr. 1/1999 y Galicia, LDCG 4/1995).

El nuevo régimen sucesorio propuesto para el conjunto de la Comunidad Autónoma Vasca se ha estructurado formalmente a través de una serie de bases. Se ha escogido esta fórmula por ser más flexible y abierta que la enunciación de un texto articulado, tendente, por naturaleza, a presentarse como un sistema definitivo. Esto no significa, sin embargo, que las bases no se traduzcan en preceptos ya configurados; de hecho, la mayor parte de ellas tiene esta consistencia, de modo que no se limitan a ser meras enunciaciones normativas, sino que descienden casi siempre al detalle de la regulación. Con todo, se ha optado por este modelo de exposición por varias razones. En primer lugar, para hacer más accesible la discusión y el debate sobre su contenido y las concretas soluciones adoptadas, discusión y debate que sería deseable protagonizaran los distintos operadores sociales y jurídicos con independencia del que, claro está, competiría ineludiblemente a los integrantes de la Cámara vasca si llegara a darse impulso legislativo a la materia. Pero es que esta forma de estructuración del trabajo presenta, en segundo lugar, otra virtualidad, cual es la de (si tal fuera la pretensión) dejar expedito el recurso a la técnica de la delegación legislativa prevista en el artículo 52 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, del Gobierno Vasco. Como es sabido, esta delegación puede acordarse, cuando tenga por objeto la elaboración de textos articulados, precisamente mediante una *Ley de Bases* (en la que se fije plazo para su ejercicio). No hará falta subrayar que este singular procedimiento de confección de normas se muestra particularmente adecuado respecto de aquéllas en las que deba abordarse la regulación de instituciones y conceptos de naturaleza compleja y de carácter eminentemente técnico, como es el caso. Además, la singularidad de nuestro punto de partida, caracterizado por la coexistencia de cuatro ordenamientos civiles, invita a echar mano del método legislativo más propicio para la concordia, ya que una Ley de Bases facilitaría sobremedida el necesario e indispensable consenso de todas las fuerzas parlamentarias acerca de los principios angulares de la nueva regulación; singularmente, la existencia y consistencia de la legítima sucesoria vasca o los cauces específicos que se ofrecen a la ciudadanía (pactos, testamento mancomunado y ordenación por comisario-usufructuario-fiduciario) para ordenar su escenario patrimonial en previsión de la muerte. De este modo, una vez decantados los principios basilares y las líneas maestras del edificio sucesorio autonómico, en esa síntesis que una Ley de Bases representa, debería encomendarse su vestimenta y desarrollo concretos a una Comisión técnica de expertos asimismo integradora de diversas sensibilidades. Una vez concluido, el texto (ya articulado) que el Gobierno presentase se tramitaría, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52.6 de la Ley 7/1981, ante el Pleno del Parlamento por el procedimiento de lectura única (véase artículo 162 del Reglamento del Parlamento vasco de 23 de diciembre de 2008). Por supuesto, el trabajo cuenta con una hechura y una profundidad suficientes como para colmar el requisito impuesto a toda ley de este tipo, a saber, que en ella se delimiten con precisión el objeto y el alcance de la delegación legislativa y de los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (artículo 52.3).

Aunque cada una de las bases se acompaña de una sucinta explicación justificativa de su contenido –además de una breve relación de las normas que hayan podido servir de inspiración para formularla-, no estará de más hacer un breve bosquejo de cuáles son sus líneas esenciales. Pero, antes de esto, conviene llamar la atención sobre una cuestión en particular.

En las bases, tal y como puede comprobarse por medio de una somera lectura, no se hace prácticamente alusión a los integrantes de parejas no matrimoniales, sino única y exclusivamente a los cónyuges. Sin embargo, esta omisión no debe interpretarse necesariamente como un rechazo a la *asimilación* entre ambas formas de convivencia, sino como *una llamada a la reflexión* sobre el sentido, finalidad y efectos de la misma.

El matrimonio ya no es el único modelo jurídico de pareja. El proceso de institucionalización de la pareja no matrimonial, que comenzó siendo de baja intensidad (a través de la jurisprudencia y algunas normas estatales de carácter sectorial), se ha visto impulsado y acelerado por efecto de la actuación legislativa de las Comunidades Autónomas. En los últimos diez años han visto la luz un importante número de leyes autonómicas sobre parejas *estables* o *de hecho*, aunque ciertamente, de todas ellas, sólo las de las Comunidades Autónomas con competencia civil entran a regular el *estatuto privado de la pareja*, debiéndose limitar el resto a cuestiones de Derecho Público.

La actuación autonómica vino a cubrir una necesidad real y una demanda más que legítima: la de ofrecer un marco institucional para las parejas del mismo sexo que entonces no podían contraer matrimonio. Algunas de estas leyes, además, posibilitaron desde el principio que, vía adopción, la filiación quedara determinada al mismo tiempo respecto de dos personas del mismo sexo; posibilidad que posteriormente incorporaron las que inicialmente no lo habían hecho. Pero lo cierto es que, ofreciéndose un modelo institucional para la pareja con independencia del sexo de sus integrantes, ha resultado que esas leyes fundamentalmente han *afectado a* (o han sido *utilizadas por*, expresión que conviene más a aquellos casos en que su aplicación viene determinada por una declaración de voluntad) parejas heterosexuales. De hecho, la reforma operada en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, ha determinado que las parejas del mismo sexo opten por el matrimonio como vía de institucionalización.

Pero, pudiendo contraer matrimonio las personas del mismo sexo, resultaría ahora oportuno reflexionar, tanto sobre las razones del mantenimiento de otro modelo institucionalizado de pareja, como sobre los requisitos de la misma y, en concreto, sobre si debería exigirse la expresión de un consentimiento al efecto.

En lo que hace a la primera de las cuestiones –las razones que justifican perfilar jurídicamente una pareja no matrimonial-, han sido ideas recurrentes la invocación de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y la oportunidad de ofrecer un modelo distinto del *tradicional*. Sin embargo, si bien la libertad y el libre desarrollo de la personalidad exigen, sin lugar a dudas, que una pareja pueda, amén de autoregularse, elegir entre acomodarse o no a un modelo institucionalizado, en absoluto tienen por corolario que pueda elegirse entre varios modelos tan similares entre sí. Por otra parte, atender a la percepción o

sensibilidad que rechaza la institucionalización a través del matrimonio y reclama un *nuevo producto jurídico*, deja traslucir cierto desconocimiento sobre lo que hoy es el matrimonio. Desconocimiento que, en lo que suponga falta de conciencia de los logros de una sociedad democrática y ausencia de pedagogía al respecto, puede resultar especialmente grave en los poderes públicos. Y es que, dando relevancia a esa *sensibilidad*, se está admitiendo implícitamente la existencia de razones objetivas que la justifican, esto es, que el matrimonio es lo que era (basado en la desigualdad, de inspiración religiosa, etc.) y que es un modelo cuyo rechazo ha de ser atendido. Es obvio que la regulación postconstitucional del matrimonio nada tiene que ver con ese modelo, pero parece tratarse de una *cuestión de nombre*: se quiere lograr un estatuto matrimonial pero que no se llame así.

También la segunda cuestión planteada –si debe o no recaer un consentimiento para la consideración de pareja– revela las paradojas de cualquiera de las opciones. Aplicar el estatus jurídico de pareja por hechos concluyentes, sin expresión de un consentimiento, pone en entredicho la libertad y arroja un resultado de dudosos perfiles constitucionales (el derecho a no casarse que deriva del artículo 32 CE se transformaría aquí en el derecho a no constituir una pareja). Por otra parte, requerir la expresión de un consentimiento resulta respetuoso con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, pero hace todavía más evidente que se trata, también en el acceso, de un remedo del matrimonio que suscitaría igualmente reservas constitucionales (la competencia estatal en tema de relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio y, de exigirse la constancia en un Registro, de Registros públicos –artículo 149.1.8.^ª CE-).

La legislación vasca no puede tampoco escapar de esa suerte de *bucle* de imposible ordenación lógica. En su artículo 3, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, exige la inscripción en un Registro *ad hoc*; por su parte, en la disposición adicional primera se extiende a esas parejas toda la normativa anterior, también la civil, aprobada en la Comunidad Autónoma y aplicable al matrimonio (lo que *supera* la asimilación que en el artículo 9 se realiza a efectos sucesorios). No es difícil ver así una suerte de matrimonio autonómico. Lo que cabe es dudar de su utilidad actual; máxime porque el respeto a la libertad individual necesariamente determina que queden al margen de la regulación todas las parejas auténticamente *de hecho*.

El mantenimiento del *statu quo* actual llevaría, por tanto, a referirse a *cónyuge o pareja de hecho*, y a entender por tal sólo a quien cumpla los requisitos de la Ley 2/2003. Se ha preferido no hacerlo *automáticamente* siquiera como llamada de atención sobre los extremos precedentes. Y es que el resultado final es desconcertante y la situación, contemplada en perspectiva general de institucionalización de pareja, incoherente.

El hecho de que la regulación de las parejas no matrimoniales se haya realizado por parte de Comunidades Autónomas *trufa* el debate de aspectos competenciales y en las líneas precedentes se han destacado algunos. Sin embargo, conviene advertir que la reflexión crítica es de fondo y que, aun siendo de enjundia los temas de competencia, tal reflexión no se conecta en lo sustancial con la diversidad legislativa ligada a la estructura autonómica. Por eso, lo mismo se diría si el Estado legislara sobre las mal llamadas parejas *de hecho* o si (y esto es puramente una

hipótesis, dada la interpretación pacífica que se hace de la reserva al Estado en el artículo 149.1.8.^a CE de la competencia sobre *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*) en una Comunidad Autónoma se legislara definiendo los requisitos de constitución de un modelo de pareja matrimonial y otro modelo de pareja paralelo.

Efectuada aquella advertencia, la descripción genérica de las bases debe partir de su división en cuatro grandes grupos, pues son otras tantas las materias que en ellas se contemplan: la sucesión forzosa, los distintos instrumentos de ordenación *mortis causa* (testamento mancomunado o de hermandad, testamento *hil-buruko*, pactos sucesorios), la fiducia sucesoria (u ordenación mediante comisario) y, en fin, la sucesión legal. Tales materias se completan, además, con una serie de previsiones adicionales que abordan ciertas cuestiones de ineludible tratamiento si la nueva normativa sucesoria entrara finalmente en vigor.

En lo que específicamente atañe al primero de aquellos ámbitos, esto es, el de la sucesión forzosa, se ha procurado pergeñar un régimen uniforme para todo el territorio de la Comunidad Autónoma que, con apoyo en nuestra tradición jurídica, dé respuesta a las necesidades de nuestra sociedad y se adapte a su realidad actual. Más concretamente, la nueva disciplina de sucesión forzosa se erige sobre dos líneas fundamentales: 1.^a Son sujetos con derecho a una cuota de legítima a satisfacer en bienes en plena propiedad tanto los hijos y demás descendientes como los padres y demás ascendientes, si bien se ha adjudicado a aquélla, en ambos casos, una extensión sensiblemente más reducida que la de cualquiera de las hoy conocidas en la CAV (Código civil, Fuero de Bizkaia). La razón para esta merma la aportan datos sociológicos tan evidentes como el de la elevada esperanza de vida de que disfruta la ciudadanía vasca, la cual elimina la función asistencial que el instituto de la legítima colmaba en el pasado respecto de la prole; o sea, comoquiera que los descendientes, cuando heredan, lo hacen en plena madurez y, por tanto, con su vida ya resuelta, no necesitan de aquel recurso para labrarse un futuro, a diferencia de lo que (se convendrá) acontecía hace tan sólo unos años. Pero algo parecido puede aseverarse igualmente respecto de los ascendientes, puesto que, en los raros casos en que sobreviven a su posteridad, sus necesidades vitales ya vienen cubiertas a través de sistemas de previsión pública o privada. Por el contrario, no se ha advertido inconveniente alguno para el establecimiento de una legítima en usufructo en favor del cónyuge viudo con idéntica extensión a la prevista en el Fuero vizcaíno, permitiéndose incluso –como hace el último: art. 61 LDCF- su ampliación a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los parientes en línea recta. Y es que resulta harto frecuente aquella previsión testamentaria por la que el testador adjudica al supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia. 2.^a La legítima prevista en favor de los descendientes y ascendientes del causante tiene, al modo de la vizcaína, un carácter *global*, de suerte que el *de cuius* puede distribuirla entre el grupo de parientes según su leal saber y entender; no hay, pues, porciones mínimas intangibles para cada uno de los legitimarios. Se ha adoptado esta solución con la idea de soslayar, ante todo, los graves inconvenientes que un sistema de legítimas individuales plantearía en orden a la transmisión indivisa de las pequeñas y medianas empresas (muy especialmente, las de corte familiar), inconvenientes sobradamente conocidos en Gipuzkoa, en Álava y en la parte no aforada de Bizkaia a causa de la vigencia del Código civil. Recuérdese que ahí radica, precisamente, la

génesis de la Ley vasca 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley 3/1992 en lo relativo al Fuero civil de Gipuzkoa. Ahora bien, sin perjuicio de tal carácter global o colectivo, se ha previsto asimismo, a fin de preservar el principio de solidaridad intergeneracional en el seno de la familia, un eventual derecho de alimentos sucesorios en beneficio de los legitimarios que, a raíz del reparto, incurran en situación de necesidad (directamente inspirado en el ordenamiento vizcaíno), así como unos alimentos reforzados para la persona discapacitada a la que no se hayan dejado bienes suficientes para cubrir las atenciones especiales que pudiera requerir.

La disciplina común que a grandes rasgos se acaba de describir se introduce sin desplazamiento de las especialidades propias de la Tierra Llana vizcaína y del Fuero ayalés, cuyo régimen, contenido en los artículos 53 a 66 y 134 a 139 de la Ley 3/1992, se preserva tal cual a salvo ciertas modificaciones consideradas imprescindibles. Así pues, la entrada en vigor del nuevo régimen vasco de sucesión forzosa no supondría la pérdida de vigencia de aquellos preceptos, ni de instituciones tan arraigadas como la troncalidad vizcaína o la absoluta libertad de disposición ayalesa, que, con las convenientes adaptaciones, pueden aún subsistir a la espera de una ley general de Derecho civil para todo el País Vasco. Nótese, además, que, por lo que hace al singular caso del principio troncal, la sucesión forzosa no constituye sino uno más de los múltiples ámbitos en los que se halla presente, ya que su influjo se extiende igualmente a otras instituciones a las que, sin embargo, no podrían llegar, por definición, estas bases: la saca foral, los derechos familiares de preferente adquisición o el régimen económico matrimonial de comunicación foral. La eliminación, por tanto, de la disciplina vizcaína de sucesión forzosa contenida en la LDCF comportaría una alteración e incluso una quiebra del entero sistema privado de la Tierra Llana, cuya reforma, aun estimándose inaplazable, debe ser, por esto mismo, calibrada y abordada globalmente. Eso sí, se ha procurado al menos redimensionar el aspecto objetivo de la troncalidad constriñéndolo al caserío, constricción que se ha aplicado tanto a la materia de la que ahora se habla como al resto de instituciones forales.

Las presentes bases reivindican el lugar que modernamente corresponde al testamento mancomunado en la delación voluntaria de la sucesión vasca, decantando en su régimen así las exigencias del principio de libertad civil, de honda raigambre foral, como las condiciones para una utilización eficiente de la figura, habida cuenta de las formulaciones autonómicas más acreditadas. El primer corolario resultante de ambos indicadores coincide en la necesidad de rebasar el estrecho círculo dibujado por el vínculo matrimonial o la inscripción de una convivencia equivalente para poner ese cauce testamentario a disposición de toda la ciudadanía vasca, incluida la que vive al margen de dichas fórmulas. Otra decisión fundamental, perfectamente compatible con dicho principio y aunque no encuentre concordancia foránea, concierne al convencimiento de que la testamentifacción mancomunada debe identificarse con la emancipación, toda vez que no resultan atendibles los argumentos que se esgrimen a favor de habilitar una menor edad para testar en instrumento unipersonal y que la elevación para hacerlo en compañía concuerda con las secuelas de su eventual contenido correspondiente.

Tampoco ha de reputarse desatendido el principio de autonomía por el hecho de tener que encauzarse la propia voluntad sucesoria francamente ante notario, exigencia que, sobre reproducir el correspondiente precepto del Fuero Civil de Gipuzkoa, atiende congruentemente al principio de seguridad jurídica y viabiliza el consejo del experto autorizante.

En seguida se advertirá que la propuesta identifica el núcleo de la institución con el concepto específico de la correspectividad. Es en las cláusulas correspectivas donde reside, no el concepto de testamento mancomunado, que requiere ser dilatado hasta los confines de la unidad instrumental, sino el contenido natural y más característico del otorgamiento en común; y son ellas las que obstan a la revocación unilateral tras la muerte del cotestador o la dosifican, en cuanto a forma y efectos, durante la vida de ambos. Por eso y en aras al cardinal principio de libertad civil, era ineludible optar por una inteligencia estricta de dicha correspectividad, refiriéndola en exclusiva al contenido netamente patrimonial de las últimas voluntades concurrentes y renunciando a la “correspectividad por defecto” que realmente se aloja en las recurridas presunciones. En nuestro caso, el signo de las que puedan afectar al testamento mancomunado vierte siempre del lado de la libertad, naturalmente excluyente de que la interconexión haya de ser ritual o explícitamente formulada.

En lo que hace al régimen ideado para la sucesión contractual, éste se construye sobre dos pilares fundamentales. En primer lugar, la adecuación de la normativa a las necesidades de la sociedad actual. Más concretamente, se ha apostado por una modernización del instrumento, propiciando su desapego respecto de ciertas reminiscencias que, si bien justificaban su presencia en el texto de los Fueros, de la Compilación, e incluso –aunque en menor medida–, de la vigente Ley 3/1992, por su arraigo o evocación a un sistema socio-económico bien diverso al que impera hoy en el territorio vasco, resultan prescindibles en las actuales coordenadas de política legislativa, tal y como lo demuestran otras regulaciones civiles de corte autonómico. De ahí que se hayan dejado al arbitrio de los contratantes y carentes de previsión normativa, cuestiones tales como la comunidad de vida entre instituyentes e instituidos, el otorgamiento del pacto en capitulaciones matrimoniales, la operatividad ilimitada del derecho de transmisión cuando premuere el instituido sin dejar descendencia, la posibilidad de que el instituido en virtud de un pacto con transmisión patrimonial diferida disponga de su derecho a título gratuito a favor de sus hijos y descendientes, la incidencia de las crisis matrimoniales en la revocabilidad de la designación efectuada y, en definitiva, la connotación estrictamente familiar y la base eminentemente matrimonial que hasta ahora presidía su otorgamiento. El segundo cimiento consiste en la depuración técnica de la normativa aplicable. En consonancia con la reflexión anterior, se advierte la necesidad de apostar por una redacción más clara, más directa y más ajustada a la precisión técnica que se demanda de los agentes jurídicos implicados en toda remoción legislativa. En este sentido, se ha optado por prescindir de las presunciones que tratan de acercar, innecesariamente, la ordenación sucesoria contractual a la figura de la donación, así como de la incorrecta equiparación sustantiva entre los capítulos maritales (o la escritura de donación) y el pacto sucesorio. Asimismo, la propuesta se completa con previsiones –hoy inexistentes– en torno a la capacidad de las partes, al carácter personalísimo del otorgamiento, a la modalidad renunciativa y dispositiva del

contrato, a la posibilidad de institución recíproca y a la efectuada a favor de tercero, a los efectos de la aceptación del instituido tras la muerte del instituyente, al posible uso del beneficio de inventario, a las consecuencias jurídicas de la falta de consentimiento dual cuando éste es requerido para disponer de los bienes objeto de institución –diferenciando, en el pacto con transmisión patrimonial diferida, entre el integrado por cosas concretas o por una cuota de la herencia del causante-, a los pormenores de la revocación unilateral de la ordenación contractual y, en fin, a la interrelación de las disposiciones contractuales conectadas. Todo ello sumado a la apuesta por el uso de recursos terminológicos más acordes a la precisión técnica que demanda la regulación de este instrumento, y a la coherencia que necesariamente debe latir entre la regulación del pacto sucesorio y la normativa aplicable al resto de instituciones contempladas en este trabajo.

Por su parte, la propuesta de regulación de la ordenación por comisario o fiducia sucesoria viene inspirada tanto por la necesidad de llenar las lagunas y limar ciertas deficiencias técnicas de los vigentes regímenes como por la incorporación de algunas sugerencias doctrinales formuladas a colación de los actuales testamento por comisario (Bizkaia), ordenación por comisario (Gipuzkoa) y usufructo poderoso (Ayala). Ello supone un enriquecimiento y una racionalización de la figura sin que en absoluto se obstaculice o limite ninguna de las finalidades a las que históricamente ha atendido.

En lo que dice a los aspectos subjetivos, dos novedades importantes son la exigencia de que quede circunscrito el ámbito subjetivo al que el comisario debe ceñir su actuación y la interdicción de que pueda designarse como tal a quien pertenezca al grupo de posibles sucesores. En el primer caso se trata de incorporar al diseño legal lo que viene aconteciendo en la práctica y es lógica consecuencia de la responsabilidad que al causante compete en la ordenación de su sucesión; en el segundo lo que se pretende es excluir un conflicto de intereses difícilmente compatible con los fines que alientan y justifican la institución. En este mismo plano subjetivo, se precisa igualmente la capacidad exigible tanto al causante como al comisario, y se fija en la delación el momento relevante a efectos de determinar la aptitud para suceder.

En tema de cauces negociales e instrumentos, se recoge la posibilidad de formalizar el encargo en *simple* escritura pública, proporcionándose así al causante el modo más adecuado para el establecimiento de la fiducia en caso de que no realice otras disposiciones relativas a su sucesión. Por otra parte, la simple escritura pública –o, lo que es igual, la declaración unilateral plasmada en escritura pública- se erige en el modo prototípico de ejecución del encargo, con lo que se supera el tradicional –pero jurídica y técnicamente incorrecto- recurso a la donación.

Especial atención ha recibido el plazo para la ordenación por parte del comisario. En coherencia con la finalidad de la figura, y tal y como establece el Fuero de Gipuzkoa, se ha limitado la posibilidad de concesión de plazo indefinido a los casos en los que el comisario sea usufructuario vitalicio del caudal a que se refiere su encargo. Además, se ha fijado en dos años el plazo legal y, como medio para la

resolución de posibles contingencias y evitación de abusos, se establece tanto la posibilidad de prórroga como de limitación judicial del plazo.

Destacable es también la introducción de la exigencia de liquidación de la sociedad conyugal disuelta para que puedan atribuirse bienes o derechos concretos pertenecientes a la misma. Pues ello –o sea, la determinación del caudal- no es sino un *prius* lógico tanto del cumplimiento de la obligación de realizar inventario como de la ejecución misma del encargo.

El aspecto más llamativo de la regulación propuesta para la sucesión legal (o intestada) consiste en la mejora de la posición del cónyuge viudo, que, frente a lo establecido en el Código civil y el Fuero de Bizkaia, pasa a suceder con preferencia a los ascendientes. Es ésta una tendencia apreciable en las más recientes reformas legislativas de nuestro entorno (así, por ejemplo, en Cataluña –Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones-) que viene justificada ante todo por la reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear y por ser una solución netamente ajustada a los deseos de un causante tipo (a salvo, obviamente, situaciones de crisis familiar). Esta novedosa preferencia queda suavizada, en cualquier caso, por la confluencia de varios factores, entre los que destaca especialmente la legítima de un tercio que, en calidad de derecho sucesorio necesario, compete a todo trance a los ascendientes, legítima que, claro está, también podrán reclamar para sí cuando la sucesión legal se defiera en favor del viudo. El nuevo régimen de sucesión legal se hace extensivo a la Tierra Llana vizcaína, sin perjuicio de la plena operatividad del principio troncal en este territorio.

En fin, las bases se ocupan en delimitar el ámbito subjetivo o personal que correspondería al nuevo régimen sucesorio vasco y el alcance derogatorio y modificativo que tendría respecto de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, a la par que resuelven ciertas cuestiones de Derecho intertemporal o transitorio.

DISPOSICIONES GENERALES

BASE 1.^a Formas de ordenar la sucesión

La sucesión se defiere por voluntad del causante, expresada en testamento o pacto sucesorio, o por la ley.

En el caso de ordenación por comisario, la ejecución del encargo podrá realizarse, además de en testamento o pacto sucesorio, en simple escritura pública.

Los distintos modos de delación son compatibles entre sí.

Concordancias: art. 27 LDCF; art. 658 CC; art. 2 LSAr.; art. 181 LDCG; arts. 6, 7 y 69 CDCB; art. 18 AAVD.

Observaciones: La posibilidad de encargar a otra persona la ordenación de la propia sucesión, determina que ésta no sólo se defiera por voluntad del causante o por la ley. Ésa es ciertamente la referencia conceptual clásica, que parte de que la ordenación voluntaria implica sólo a la voluntad del causante; pero debe ser completada con la perspectiva que añade la fiducia sucesoria u ordenación por comisario. Esa perspectiva requiere incidir no sólo en que la voluntad ordenadora puede ser la del comisario, sino también en que, en ese caso, la ordenación puede realizarse por un cauce negocial distinto de los típicos actos *mortis causa* que son el testamento y el contrato sucesorio.

DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Capítulo I -Del testamento hil-buruko

BASE 2.^a Régimen

El que, por enfermedad grave u otra causa, se halle en peligro inminente de muerte, podrá otorgar testamento ante tres testigos idóneos sin intervención de Notario y sin necesidad de justificar su ausencia.

No será necesario redactar por escrito el testamento y leerlo al testador cuando no lo permita la urgencia del caso, pero, una vez haya declarado con palabras dispositivas su última voluntad, se escribirá lo antes posible.

Este testamento quedará ineficaz si pasasen dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte. Si el testador falleciese en dicho plazo, quedará también ineficaz el testamento si no se presenta para su adverbación y elevación a escritura pública en la forma prevenida en las leyes procesales dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento.

En caso de que, habiendo salido el testador del peligro de muerte, quede incapacitado para otorgar un nuevo testamento, el plazo para la adverbación y la elevación a escritura pública será de tres meses contados desde aquel primer instante.

Concordancias: art. 31 LDCF; leyes 190 y 191 FN; art. 23 AAVD.

Observaciones: Esta base propone generalizar a todo el País Vasco una modalidad testamentaria propia del Derecho vizcaíno, cual es el testamento *hil-buruko*. Como su propio nombre indica, es una forma especial de testar que se caracteriza, en esencia, por el dato de no ser necesaria la intervención de Notario en el acto de su otorgamiento al hallarse el testador en *peligro inminente de muerte*: “Es palabra compuesta de *il*, que significa morir, y de *buruco*, *burucoa*, que significa almohada, cabecera de cama; expresa, pues, la proximidad de la muerte.” (JADO Y VENTADES, 1923, p. 264)

Conviene recordar, no obstante, que el Derecho vizcaíno no es el único ordenamiento en el que se regula un testamento de esta clase: una figura prácticamente idéntica al *hil-buruko* es el testamento en peligro de muerte previsto en el artículo 700 del Código civil español, si bien este precepto exige, para su válido otorgamiento, la concurrencia de un mayor número de testigos; en concreto, cinco. De modo que también es conocido en los Territorios Históricos guipuzcoano y alavés, así como en la parte no aforada de Bizkaia.

Precisamente por ello, parece conveniente una regulación *ad hoc* de esta modalidad testamentaria que se extienda al conjunto de la Comunidad Autónoma y que, fusionándolos, tome lo mejor de ambos regímenes y aclare algunos de sus puntos más oscuros. Uno de ellos tiene que ver con uno de los cruciales presupuestos para su otorgamiento, cual es el de si, para hacer uso de él, es necesario probar la imposibilidad de obtener a tiempo la presencia de un Notario, es decir, si ha de acreditarse o no la existencia de un riesgo fundado de que el testador fallezca o pierda sus facultades antes de que aquél acuda. Aunque no se trate de un requisito expresamente exigido por el artículo 700 CC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha terminado por imponerlo en este ordenamiento con base en la idea de que, siendo la regla general el testamento notarial, éste otro no es sino una modalidad de carácter extraordinario o excepcional. En consecuencia, el testamento otorgado en peligro de muerte ante cinco testigos regulado en el CC sólo puede considerarse perfecto, válido y eficaz, cuando se pruebe que resultó imposible contar con la asistencia de Notario o cuando se pruebe, al menos, que no se prescindió de ella de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata. Mas nótese que, a través de este razonamiento, se convierte a este acto *mortis causa*, en contra de lo que parece deseable, en un remedio simplemente subsidiario frente al testamento abierto notarial, cuando lo que se persigue por medio de su regulación es precisamente conceder, atendida la concurrencia de circunstancias excepcionales (peligro inminente de muerte), mayores facilidades ante la dificultad de otorgar testamento en forma ordinaria. De ahí que nuestra base se preocupe de explicitar que no será necesario justificar la ausencia de Notario.

Únicamente cabe hablar de negocio jurídico testamentario si concurre, por parte del otorgante, un propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición, lo que significa que aquél no ha de limitarse a emitir meras manifestaciones previas o simples previsiones acerca de cómo testará en un futuro, sino que ha de expresar una voluntad *inequívocamente* testamentaria o, lo que es igual, rectamente dirigida a ordenar su sucesión; en definitiva, ha de poner en evidencia su resolución de testar. Esto es lo que quiere significar la base cuando establece que el testamento deberá redactarse por escrito una vez el testador haya declarado con palabras *dispositivas* su última voluntad.

Aunque a tenor del artículo 31 LDCF el testamento *hil-buruko* vizcaíno puede otorgarse tanto por escrito como de palabra, en este caso se ha decidido descartar la forma verbal a fin de evitar que el contenido de la disposición testamentaria quede confiado única y exclusivamente a la memoria de los testigos, sobre todo, atendida la amplitud de los plazos prescritos para su adveración, elevación a escritura pública y protocolización. Los trámites procesales que habrán de seguirse en relación a estas cuestiones vienen regulados en los artículos 1943 a 1955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Capítulo II –Del testamento mancomunado o de hermandad

BASE 3.^a Concepto

Se considerará mancomunado el testamento siempre que dos personas, tengan o no relación de convivencia o parentesco, dispongan en un solo instrumento y para después de su muerte de todos o parte de sus bienes.

Se reputa igualmente mancomunado el testamento conjunto en el que uno o los dos testadores designan comisario a la misma o distinta persona, para que, tras su muerte, ordene la sucesión correspondiente.

Concordancias: arts. 49.I y 172 LDCF; art. 669 CC; ley 199.I FN; art. 91.3 LSAr.; art. 187.1 LDCG; art. 24.1 AAVD.

Observaciones: A la hora de fijar cuál sea el concepto de testamento mancomunado, las opiniones doctrinales, incluidas las expresadas en el contexto vasco, no terminan de desprenderse del prejuicio de una cierta excepcionalidad de este cauce sucesorio. Más bien, tratan de contrarrestarlo a base de sublimar la interna trabazón de las disposiciones que habitualmente encierra este tipo de testamento y de procurar dejar en la penumbra el clausulado restante del que no pueda certificarse la apariencia de correspectividad, cuando no la de recíproco beneficio. Sin embargo, tan pronto como se concede que este peculiar cauce dispositivo entronca directamente con el principio de libertad civil –como así lo proclama la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/1992- y con el valor intrínseco en el ofrecimiento de una pluralidad de alternativas instrumentales (que cada vez gana más adeptos incluso en el terreno del Código civil), nada impide reconocer abiertamente que es la conjunción formal el carácter definitorio del testamento mancomunado, o sea, la expresión *mere simultanea* de dos voluntades en un mismo instrumento.

El testamento mancomunado o de hermandad deberá acotarse sobre la nota, ineludible y suficiente, de la sobredicha unidad instrumental. Para expresar dicha conjunción formal de voluntades se ha seleccionado el mismo giro que actualmente exhiben los Fueros vizcaíno y guipuzcoano, pues con ello basta para descartar la figura del testamento por adhesión o testamento unipersonalmente otorgado y suscrito por el otro que antaño adicionara la Ley 1ª, del Título XXI del Fuero Nuevo de Bizkaia (“*o el testamento que hiciere el uno, el otro lo loare y aprobar por bueno, o ratificare en vida del testador que muere*”). En efecto, para ser mancomunado, el testamento plural no precisa ningún contenido específico; y para justificar su regulación o su otorgamiento, es ya inútil insistir en que el testamento *verdaderamente* mancomunado es el que se integra por liberalidades recíprocas u otro tipo de disposiciones expresivas de la comunión entre los otorgantes, hasta ahora necesariamente cónyuges o miembros de una pareja inscrita como tal. Una vez normalizada la institución y abierta a testadores exentos de vínculo, convivencia o parentesco, la testamentifacción mancomunada aparece sencillamente como desarrollo natural del principio de libertad civil en el ámbito de la ordenación *mortis causa*.

La segunda parte de la base se propone dar cobertura a la hipótesis en que uno o los dos otorgantes del testamento conjunto deseen utilizarlo, en exclusiva o no, como vehículo para la designación de comisario o para la concreción de las instrucciones a que el designado como tal haya de atenerse en la ejecución de la correspondiente fiducia. Se evitará de este modo el trasvase a este terreno de las vacilaciones que acostumbra a formularse frente al negocio testamentario unipersonal carente de un auténtico acto dispositivo de bienes, supuesto, claro está, que la escueta designación de comisario resulte ajena a la disposición patrimonial *mortis causa* que, sin embargo, habilita y condiciona. Precisamente, esa teórica naturaleza extraña a la disposición patrimonial propiamente dicha, es la que reaparece en estas mismas bases a propósito de la delimitación del carácter correspondiente del contenido testamentario y la que facilita la libérrima revocación individual que naturalmente se asocia a la designación de comisario. Por todo ello, no se pone reparo a que la fiducia pueda traer causa de un testamento conjuntamente otorgado, contenga o no otras disposiciones patrimoniales, por cuanto lo que la institución de la fiducia precisa es de la *forma testamentaria*, y no del testamento en sentido material.

BASE 4.ª Capacidad

Para que el testamento de hermandad sea válido, ambos testadores tienen que hallarse emancipados en el momento del otorgamiento.

Concordancias: no las hay.

Observaciones: Faltan precedentes especificadores de la exigencia de una edad determinada para el otorgamiento de testamento mancomunado, de manera que la ausencia de especificación presenta como suficiente para dicha testamentifacción la misma capacidad general exigida para testar, que el artículo 663.1º CC reconoce a los menores de catorce años de uno y otro sexo.

Procede, empero, recordar, ante todo, la sincronización que pudiera verse entre

dicho límite de edad y el que posibilita la celebración de matrimonio válido, previa dispensa (art. 48.II CC), conexión apreciable en un ordenamiento que –como el hasta ahora vigente en el País Vasco– sólo reconoce testamentifacción mancomunada a quienes se hallaren unidos en matrimonio (o bajo la fórmula de pareja inscrita). De ahí que, desconectado el testamento conjunto del vínculo que eventualmente uniera a los testadores, no se precisa observar aquel ajeo paralelismo en materia de capacidad.

Por otra parte, no ha de olvidarse que es y permanece ajena al testamento mancomunado la mayor parte de las razones que la doctrina ofrece en apoyo de la rebaja de la edad general para testar. No cuenta desde luego el argumento concerniente a la inexistencia de alternativa para la ordenación voluntaria de la propia sucesión, pues, siendo irrefutable que nadie podrá testar por quien no alcance el *plus* de capacidad que para hacerlo mancomunadamente se requiere, es asimismo obvio que, cumplidos los catorce años de edad, podrá hacerlo él mismo por el cauce del testamento unipersonal. Otro tanto ocurre con las consideraciones que inciden en el carácter inocuo y en la libre revocabilidad de las disposiciones testamentarias otorgadas por quien careciere de la teórica madurez.

Por lo que al mancomunado respecta, se ha ponderado el hecho de que, sin desconocer su carácter naturalmente revocable, la revocación será más dificultosa que en el testamento individual, amén de que pueda considerarse excluida en el ámbito de la correspectividad tras el fallecimiento del cotestador. De ahí que se haya venido al convencimiento de que, para emitir responsablemente esa voluntad con mengua de su revocabilidad, no ha de bastar con la capacidad testamentaria general y ha parecido razonable exigir siquiera la emancipación de los otorgantes en cualquiera de sus modalidades. Con todo, es evidente que la referencia a la emancipación –igualmente exigida para el acceso a la ordenación de la propia sucesión a través de fiduciario– deja la exigencia por debajo aún de la capacidad que requiere el otorgamiento de pacto sucesorio en el que la irrevocabilidad aparece como proverbial.

BASE 5.^a Condición personal

Quienes ostenten vecindad civil en el País Vasco pueden testar de mancomún aun fuera de esta Comunidad Autónoma.

También podrán testar mancomunadamente, dentro o fuera de su Comunidad autónoma, en unión con otro causante cuya ley personal no le prohíba hacerlo en mancomún.

Concordancias: ley 200 FN; art. 102 LSAr.; art. 188 LDCG; art. 24.2 *in fine* AAVD.

Observaciones: La extraterritorialidad es consecuencia necesaria de tratarse de una actuación regida por la ley personal del testador; y la complementariedad de otro estatuto personal asimismo habilitante, obsequio a la igual consideración de los demás ordenamientos, autonómicos o estatales, españoles o no. La primera de las concreciones es común a todos los ordenamientos autonómicos reguladores del testamento en mancomún; la especificación de la eventual concurrencia de testadores sujetos a diversas leyes personales es previsión que se encuentra

únicamente en la regulación aragonesa (art. 102.2 LSAr).

Testar, de manera individual o mancomunadamente, no es una simple cuestión de forma, sino que corresponde realmente al fondo de la disposición *mortis causa*. La mayoría de los pareceres doctrinales se encamina a reconocer su pertenencia al terreno sustantivo, sea como tocante a la capacidad del testador, sea como atinente a los cauces o modos de ordenar la propia sucesión, con predominio de la última de estas orientaciones, debido a la imposibilidad de circunscribir la indicada testamentifacción a un tema de capacidad. Afianzada la premisa (cuestión de fondo o elemento sustancial), dicha ubicación conduce inevitablemente a la elección de la ley personal de los intervinientes para solventar los planteamientos conflictivos que la concurrencia ocasiona y a la necesidad de guiarse, en esto, por la ley nacional y por la vecindad civil correspondiente a los testadores (arts. 9.8 y 16.1 CC), condicionantes, por lo pronto, de los ‘emparejamientos’ que habilitan o vetan la pretensión de testar mancomunadamente con quien se hallare sujeto a un estatuto sucesorio diverso.

Conforme a la nueva regulación autonómica, quien tuviere vecindad en el País Vasco podrá concurrir testamentariamente con (nacionales o) vecinos de territorios donde se goce igualmente de testamentifacción mancomunada. La posibilidad de otorgamiento, empero, no prejuzga ni resuelve otras cuestiones determinantes de la validez, de la forma o del contenido de ese testamento. Así y por quedarnos en las proximidades, ni en esta ni en otra de las presentes bases se alcanza a precisar –ni acaso podría constitucionalmente hacerse- si el testamento en compañía de quien ostente vecindad civil navarra, aragonesa o gallega, ha de observar necesariamente la forma testamentaria prescrita para el País Vasco –testamento notarial abierto-, resultando insustituible por la habilitada en la regulación navarra o aragonesa (supuesto que la gallega coincide); y tampoco existe preocupación por especificar conforme a qué normativa se podrá revocar ese testamento simultáneo y subjetivamente interregional.

Bien es verdad que, de cara a dilucidar la oportuna norma rectora del negocio, las propias pautas del Código han de reputarse superadas o desplazadas por el sistema contemplado en el Convenio de La Haya de 5 de diciembre de 1961, sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (BOE, 17-8-1988), en el que prevalece el principio del *favor testamenti* y del que resulta la validez casi incondicional del otorgado a caballo de diversas vecindades, toda vez que bastará con haber observado las formalidades establecidas por la regulación interna que guarde alguna conexión con cualquiera de los causantes (arts. 1 y 4). Ese mismo espíritu debería volver insignificantes las cortapisas formales para la modificación o revocación conjunta por parte de ambos testadores; y, tratándose de revocación individual, reputar suficiente la observancia del cauce exigido por la ley personal de quien la practica o el que viniere predeterminado por la ley rectora del precedente otorgamiento (art. 2).

BASE 6.ª Forma

El testamento mancomunado sólo podrá revestir forma abierta, y deberá otorgarse, en todo caso, ante notario.

Concordancias: arts. 49.II y 173 LDCF; ley 199.II FN; arts. 94, 95 y 96 LSAr.; art. 189 LDCG; art. 24.2 inicio AAVD.

Observaciones: La precedente base eleva a requisito de validez, otorgarlo abiertamente ante notario, acogiendo de manera literal el régimen guipuzcoano. Por lo demás el carácter franco y solemne del testamento de hermandad es congruente con la ulterior revocabilidad igualmente abierta, en todo caso, y fehacientemente (notarialmente) comunicada al cotestador, cuando fuere unilateral.

En cuestión de la forma requerida para testar en mancomún, pudiera haberse optado por criterios de máxima libertad, hasta el punto de poner a disposición de los otorgantes cualesquiera de las formas previstas para testar individualmente. Tal es la orientación a la que atiende el ordenamiento navarro, que excluye sólo la forma ológrafa (ley 199 FN), y el aragonés, que autoriza cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley a condición de que resulte compatible con la expresión de la pluralidad de voluntades y previniendo –como la citada ley navarra- que bastará que concurren en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional (art. 94 LSAr.). Por lo demás, la propia Ley vasca actualmente vigente ofrece soluciones, aunque decididamente solemnes, ligeramente diversas: mientras los sujetos parcial o plenamente a Fuero vizcaíno pueden elegir entre el testamento abierto y el cerrado, con tal de que se otorgue *ante Notario* (art. 49.II LDCF), en el Fuero Civil de Gipuzkoa –y en ello coincide la regulación gallega- ha prevalecido la máxima cautela, habiendo de revestir necesariamente la *forma abierta notarial* (art. 189 LDCG y 173 LDCF).

BASE 7.^a Contenido

El testamento conjuntamente otorgado puede contener, o no, liberalidades mutuas, solamente o junto con disposiciones a favor de tercero. Puede igualmente designarse a los terceros a calidad de sucesores del premoriente y sustitutos del supérstite.

Concordancias: ley 203 *in fine* FN; arts. 91.3 y 104 LSAr.; art. 187.2 LDCG; art. 25 AAVD.

Observaciones: En relación con el contenido, ha de observarse que el ámbito material de disposición del testador no resulta alterado por el hecho de que concrete su última voluntad aislada o conjuntamente, de manera que, en ese particular, el testamento mancomunado no difiere del individual que pudiera otorgar el mismo *de cuius*. Sin embargo, no es menos cierto que la confluencia de otorgantes puede volver transcendentales determinadas asociaciones o correlaciones, que, además, pueden ofrecer perfiles clasificatorios útiles, con tal de que, so pretexto de explicitar el contenido, no se pretenda volver sobre la esencia de la mancomunidad, yendo más allá de la nuda unidad instrumental del testamento identificada en la primera de estas bases.

Cabe, por tanto, un testamento mancomunado pleno de disposiciones individuales aisladas y perfectamente homologables a las de un testamento unipersonal, en cuyo caso, estaríamos en presencia de un testamento mancomunado meramente

simultáneo, por falta de toda otra conexión, reciprocidad o correspectividad entre las disposiciones de los otorgantes. Otra cosa es que, por lo general, el testamento mancomunado se integre a base de cláusulas en las que la correspondencia o la correspectividad encuentran su acomodo natural. En este caso, el testamento mancomunado puede resultar sencillamente *recíproco*, si los otorgantes se proponen el favorecimiento mutuo, puede ser estrictamente *conjunto*, cuando las disposiciones de ambos otorgantes eligen nominalmente a terceros como beneficiarios, y puede servir de cauce para disposiciones de ambas especies, derivando al tipo propiamente *mixto*.

Es por todo ello por lo que esta base da por supuesto que la mancomunidad equivale a la escueta unidad instrumental y alude al *contenido natural* de la ordenación sucesoria, haciendo ver que puede integrarse exclusivamente por liberalidades mutuas o por atribuciones a tercero, sin que se excluya la concurrencia de ambos tipos de cláusulas, fueran concernientes a la disposición de bienes diversos, fueran de fijación de un *ordo successivus* para unos mismos bienes.

BASE 8.^a Correspectividad

Se considerarán correspectivas entre sí las cláusulas testamentarias de contenido patrimonial que traigan causa de las disposiciones del cotestador, con independencia de que unas y otras favorecieren a dicho otorgante o a tercero. La vinculación correspectiva no se presume, aunque puede acreditarse que fue implícitamente establecida por los testadores.

La nulidad o anulación de una disposición testamentaria mancomunada produce la ineficacia total de cualquier otra del mismo testamento que se acredite correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición, inicialmente válida, no produce la de su correspectiva, que desde luego dejará de tener ese carácter.

Concordancias: arts. 176 y 177 LDCF; leyes 201, 202, y 204 *in fine* FN; art. 105 LSAr.; art. 187.2.II LDCG.

Observaciones: Como se sabe y es oportuno subrayarlo en un contexto que presupone un testamento mancomunado abierto a extraños, la correspectividad – entendida como interconexión de atribuciones hechas por uno y otro testador – constituye el núcleo de la institución y la franja testamentaria colindante al compromiso o pacto sucesorio propiamente dicho.

Dado que en las cláusulas correspectivas reside el obstáculo o impedimento a la libre revocabilidad, ha parecido oportuno restringir su espectro. Esa es la razón de la sucesiva constricción. Primero, limitando la vinculación a las disposiciones testamentarias de contenido netamente patrimonial; un repliegue que deja al margen y por tanto desvinculadas otras designaciones familiares o propiamente sucesorias, como la eventual designación de tutor o el encargo de ordenación de la propia sucesión a través de comisario. Luego, incluso renunciando a la técnica de la presunción general de correspectividad en dicho ámbito patrimonial, una variación que ofrece mayor juego a la autonomía del causante en orden a la revocación individual.

No se llega, empero, a la exigencia aragonesa de que exista una ‘voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio’, lo que según la doctrina más próxima a dicha ley, no requeriría ‘voluntad expresa’ de corresponsividad, por cuanto –según se dice- ha de bastar con que *se deduzca* que esa interconexión corresponde a la voluntad de los testadores. Así las cosas, el tenor de nuestra base ha preferido eliminar escuetamente la presunción –francamente perjudicial para una ponderada revocabilidad- y supeditar la corresponsividad de cada cláusula, bien a la voluntad directamente expresada por ambos testadores, en el mismo o en ulterior acto de ordenación sucesoria, bien al resultado de la prueba, por parte de quien alegue la corresponsividad, de una voluntad implícita y común en tal sentido.

La Ley aragonesa tiene además la precaución de incorporar un segundo apartado para ponderar la repercusión de la ineficacia de una cláusula en su corresponsiva, que sí se ha juzgado conveniente reproducir en esta base. Siguiendo dicho precedente, se impone la comunicación de la nulidad o anulación que afectare a una de dichas cláusulas en tanto en cuanto obedeciera a tachas imputables a su propia configuración y, sin embargo, se opta por la contención de otras causas de fracaso de la voluntad dispositiva. En concreto, se ha preferido la mera desconexión de la cláusula corresponsiva subsistente –y en adelante autónoma- para el caso de ineficacia sobrevinida de disposiciones válidas en su origen, como en el supuesto de incumplimiento de la condición, de premoriencia o repudiación del tercero favorecido.

BASE 9.^a Muerte de uno de los otorgantes

A la muerte de uno de los testadores se abrirá su sucesión y adquirirán eficacia las disposiciones correspondientes a su ordenación. El notario extenderá, a quien acredite interés en dicha sucesión, copia del testamento mancomunado otorgado por el causante fallecido, excepción hecha de las disposiciones que afecten únicamente a la sucesión del otro testador.

Concordancias: art. 103 LSAr.; art. 195 LDCG; art. 29 AAVD.

Observaciones: Se trata de una disposición, ausente en los vigentes Fueros vascos como en la mayoría de los demás ordenamientos autonómicos, que se propone atender a una vicisitud que es totalmente ajena al testamento individual donde el interés del sucesor no puede menguar ya la discreción o reserva del testador. Contrariamente, la operatividad del testamento mancomunado presenta el riesgo de una publicidad anticipada de la voluntad *mortis causa* del supérstite. El precepto trata de mediar entre el interés legítimo del concernido por la sucesión abierta y la reserva de la propia voluntad ambulatoria del supérstite. Se ha considerado que el punto de equilibrio puede alcanzarse mediante el reconocimiento, a favor del interesado en la sucesión del premuerto, del derecho a expedición de una certificación *ad hoc*, o sea, de una copia parcial en el sentido que previene el artículo 237 del Reglamento Notarial y en la que se permite expurgar u omitir “cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva”.

BASE 10.^a Revocación o modificación conjunta

El testamento mancomunado podrá ser revocado o modificado conjuntamente por

los propios otorgantes observando las mismas formalidades que se exigen para su otorgamiento o mediante pacto sucesorio en el que ambos intervengan.

Concordancias: arts. 50 y 175 LDCF; ley 201 FN; art. 106.1LSAr.; art. 190 LDCG; art. 26 AAVD.

Observaciones: La previsión fluye llanamente a partir de la revocabilidad natural del testamento aun mancomunado con tal de que la voluntad revocatoria resulte idéntica, subjetiva y formalmente, a la que se deroga. Vuelve, así, a requerirse testamento conjunto y abierto ante notario para hacer efectiva la revocación. Por otra parte, habida cuenta de que los mismos cotestadores pueden comparecer con posterioridad como otorgantes de pacto sucesorio, es lógico que se autorice asimismo la revocación o modificación por este cauce igualmente solemne. Como puede observarse, el precepto que la base configura no difiere, salvo en el descarte del testamento cerrado notarial, de la norma contenida en el vigente artículo 50 LDCF y se corresponde, prácticamente a la letra, con el tenor del Fuero Civil de Gipuzkoa (art. 175.1 LDCF).

BASE 11.^a Revocación unilateral

La revocación o modificación unilateral, en vida del cotestador, deberá hacerse también mediante testamento abierto otorgado ante notario o mediante pacto sucesorio, debiendo notificarse fehacientemente a aquél. La notificación se practicará por el notario autorizante, dentro de los diez días sucesivos y en el domicilio señalado por el compareciente, además de hacerlo asimismo, si fuera distinto, en el que se hubiere hecho constar en el testamento revocado o modificado. Sin embargo y abstracción hecha de las responsabilidades en que se hubiere podido incurrir, la falsedad u ocultación del otorgante sobre el paradero de su cotestador así como la falta de la notificación requerida no afectarán a la eficacia de la revocación o modificación solemnemente realizada.

Concordancias: arts. 51.1 y 175.2 LDCF; ley 201 FN; art. 106.2, 3 y 4 LSAr.; art. 192.2 y 3 LDCG; art. 27 AAVD.

Observaciones: La primera parte de la base reitera las exigencias de forma solemne asimismo para la actuación individual completamente expedita mientras vivan ambos testadores en mancomún. Entre los mecanismos imaginables para conectar –sin, por ello, supeditar– la pretensión revocatoria al conocimiento que de ella adquiera el cotestador, se ha optado por una fórmula que confía en la honestidad del revocante y en la eficiencia de los profesionales de la notaría, de modo que la efectiva notificación no cursa propiamente como condición de eficacia de la revocación o modificación unilateralmente consumada. Dicha voluntad se considera completa y eficaz tan pronto como resulte reflejada en la forma solemne que su validez requiere. A partir de ahí, la colaboración del propio compareciente para la localización de su cotestador y la diligencia del notario en el despliegue de su deber legal de notificar el otorgamiento del testamento o pacto traerán por consecuencia el conocimiento casi inmediato del hecho de la revocación o modificación por parte del otro testador.

Es evidente que la decisión de desvincular la eficacia revocatoria o modificativa de

la declaración respecto de su ulterior notificación o efectivo conocimiento por el cotestador difiere notoriamente de los condicionamientos actuales de la Ley 3/1992, por cuanto lo mismo el Fuero vizcaíno que el guipuzcoano tienen prescrito que la referida declaración de voluntad sobrevenida exige como requisito de eficacia la notificación auténtica o fehaciente al otro testador (arts. 51 y 175.2 LDCF). No debe, sin embargo, pasarse por alto el nuevo esquema mancomunado que las presentes bases promocionan. Piénsese que la vigente rigidez concuerda con un testamento necesariamente conyugal (o de pareja inscrita) y con una revocación que está llamada a hacer tabla rasa de todo el contenido testamentario, bien por no reparar en la diversa naturaleza de sus cláusulas (art. 51), bien por extender la corresponsabilidad presunta a todas las de contenido patrimonial (art. 176); pero es verosímil que ese mismo blindaje resultaría excesivo para un testamento mancomunado que admite a testadores exentos de vínculo y de convivencia y con una revocación unilateral que sólo obsta a la subsistencia de las cláusulas declarada o probadamente corresponsables. Por lo demás, es lógico que la base difiera de la ley 201 del Fuero Nuevo navarro, que, si bien mantiene la notificación como requisito de eficacia, acaba rebajando el requisito con la previsión de una subsidiaria ‘notificación por edictos’; aparte de que la revocación navarra actúa sobre un testamento mancomunado otorgado tal vez por más de dos personas y, otorgada por cualquiera de ellas, es bastante para destruir la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento.

Por todo ello, se ha buscado inspiración en el modelo revocatorio aragonés, semejante en este particular al gallego, por considerar que representa una opción favorecedora del carácter ambulatorio de la voluntad incluso mancomunadamente expresada y, por tanto, de una solución del conflicto de intereses de los testadores inspirada en la recuperación de la autonomía personal.

Tampoco ha de considerarse ajena al sentido de esta base la decisión de no prescribir una revocación *ex lege* del testamento otorgado mancomunadamente por quienes constituyeran matrimonio o pareja inscrita, ulteriormente disueltos; previsión que, como se recordará, se halla igualmente ausente en el Fuero Civil de Bizkaia y, sin embargo, se había explicitado en el Fuero Civil de Gipuzkoa (art. 174 LDCF). En efecto, la ausencia de una revocación asociada automáticamente a la certificación de la crisis matrimonial o convivencial de los eventuales testadores pierde relevancia en virtud de esta flexibilización de la facultad revocatoria individual. Aparte de que, supuesta la irrelevancia del estado matrimonial o convivencial de los testadores, así al momento del otorgamiento como en el de su revocación, se evita, también, dispensar un tratamiento discriminatorio, que pudiera generarse por la dificultad de trazar el paralelo entre la solemnizada ruptura de los casados y la sustancial de la pareja inscrita. Obsérvese cómo el artículo 18 *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*, apunta a dicha extinción real, que exigiría, a su vez, ponderar si la concreta ‘causa’ (acuerdo, decisión unilateral, fallecimiento y matrimonio) es apta para precipitar la ineficacia del testamento mancomunado previo, y el atractivo en términos de seguridad jurídica que puede ofrecer la ulterior ‘cancelación de la inscripción’ (art. 19 LRPH). Acaso no resulte completamente gratuito conceder que, habida cuenta de la dificultad del trasvase a la pareja inscrita de lo disciplinado para el matrimonio guipuzcoano (art. 174 LDCF), es por lo que el legislador de 2003 decidió subrayar la potencialidad de la propia autonomía, reiterando –innecesariamente– que su

testamento mancomunado puede “ser revocado o modificado por los miembros de la pareja” (art. 9.2 LRPH).

BASE 12.^a Ineficacia de las disposiciones correspectivas

Por la revocación o modificación unilateral que afectara a alguna disposición que trajere causa de otra otorgada por el otro testador, devendrán ineficaces todas las que sean igualmente correspectivas en cuanto a aquélla.

Concordancias: art. 176.I LDCF; ley 201.IV FN; art. 106.3 LSAr.; art. 27 AAVD.

Observaciones: Se persigue ahora extraer la consecuencia lógica de la libertad revocatoria instaurada en la base anterior. Como no podía ser de otro modo, la desaparición o modificación de las premisas sobre las que se otorgaron desactiva las disposiciones que se formularon en ese concreto escenario. Recuérdese, sin embargo, que la carga de la prueba de la requerida interconexión se ha puesto de cuenta del cotestador del revocante, por entender que dicha opción, desde una perspectiva, recupera todo el terreno dudoso poniéndolo al servicio de la autonomía revocatoria del otorgante que desea rectificar y, desde la otra óptica, viene a rebajar la incidencia de la revocación individual en el plano general de la eficacia testamentaria, por cuanto, comprimida la correspectividad, se expande reflejamente la subsistencia del resto de las disposiciones del testador no revocante.

BASE 13.^a Inalterabilidad de las disposiciones correspectivas

Fallecido uno de los otorgantes, el otro no podrá revocar ni modificar las disposiciones que hubiere otorgado sobre su propia herencia si trajeren causa de las disposiciones del premuerto.

Concordancias: arts. 177.I LDCF; ley 202 FN; art. 106.3 LSAr.; art. 191 LDCG.

Observaciones: Tanto esta base como la siguiente contribuyen a especificar el momento y alcance de la vinculación que reporta al supérstite el hecho de haber testado mancomunadamente. Es en el momento del fallecimiento del cotestador cuando adquiere verdadera relevancia el tipo y contenido del testamento simultáneamente otorgado. Siendo meramente simultáneo, ninguna vinculación definitiva genera en el cotestador el deceso de quien testó a la vez y en el mismo instrumento que el superviviente; la atadura se manifiesta, en cambio, en relación con todas aquellas disposiciones que hubieren sido declaradas o se terminaran acreditando como correspectivas.

Precisamente en el ámbito de la correspectividad es donde mejor puede calibrarse la vinculación que genera el otorgamiento del testamento en mancomún, así en el frente de la posibilidad de contradecirlo abiertamente (revocación o modificación) como en el de mermar, oblicua y reflejamente, el contenido de sus cláusulas (disposición gratuita); y es en dicho contexto en el que el régimen legal ha de buscar el equilibrio entre la libertad de quien sigue siendo titular de los bienes, debido a la inconsistencia y ambulatoriedad de su compromiso *post mortem*, y los legítimos intereses de su cotestador y, en ocasiones, beneficiario. La inalterabilidad de las propias disposiciones interconectadas con de las del premuerto aparece así

como la consecuencia ponderada del ejercicio de la testamentifacción conjunta y viene a proclamar que ambos otorgantes condicionaron vagamente y de manera implícita su propio poder y libertad de disposición.

BASE 14.^a Indisponibilidad a título gratuito de los bienes concernidos

Salvo que otra cosa estableciera el testamento, el supérstite no podrá disponer a título gratuito de los bienes que se hayan señalado como objeto de las disposiciones correspectivas, como no fuera en favor de la persona o personas que se hubieren designado como beneficiaria o beneficiarias de las mismas en el testamento mancomunado. De otro modo, podrá el perjudicado, durante dos años a contar de la muerte del disponente, reclamar a los donatarios el valor actualizado de dichos bienes.

Concordancias: art. 178 LDCF; ley 204 FN; art. 107 LSAr. art. 194.2 LDCG; art. 29.2 AAVD.

Observaciones: He aquí la otra perspectiva de la trabazón que el testamento mancomunado, fallecido uno de los otorgantes, naturalmente produce: una cierta merma en las facultades dispositivas del supérstite. Fallecido uno de los testadores, el otro sólo podrá disponer libremente, a título gratuito y oneroso, de bienes no afectos a cláusulas correspectivas. Por el contrario y en relación con los singularmente contemplados en éstas, mientras la enajenación por título oneroso puede venir compensada con la activación del principio de subrogación real, la realizada gratuitamente representaría un vaciamiento del propio compromiso, excepción hecha de que –como la base advierte– la dicha disposición pueda valorarse como mera ejecución anticipada de la indicación testamentaria.

Es obvio que la base concuerda fielmente con el régimen establecido por el Fuero Civil de Gipuzkoa (art. 178 LDCF), del que se trae la reserva del carácter dispositivo del precepto, de manera que, allí y aquí, queda al arbitrio de los otorgantes convenir otras posibilidades de actuación; e igual origen acusa la previsión de que los actos gratuitos otorgados por el supérstite sólo pueden subsistir en cuanto sean ejecutivos de la propia cláusula testamentaria correspectiva cuya eficacia plena se anticipa de este modo. La sanción de la contravención y el término para reclamar de los beneficiados por el acto gratuito divergente, representan novedad en relación con el ordenamiento vasco de partida y concuerdan parcialmente con las previsiones aragonesas y gallegas referidas en las concordancias.

DE LOS PACTOS SUCESORIOS

BASE 15.^a Concepto

Mediante pacto sucesorio se podrán establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos concernientes a la sucesión del causante, en vida de éste. También podrán los otorgantes disponer, entre sí, de tales derechos con el consentimiento del causante.

Concordancias: arts. 74 y 179 LDCF; ley 172 FN; art. 62 LSAr.; art. 431-1 CCCat.; arts. 100.1 y 2 AAVD.

Observaciones: Ante la inconveniencia de trasladar a un texto legal definiciones de carácter dogmático, se ha preferido articular el concepto de pacto sucesorio en torno a su funcionalidad, prescindiendo de presunciones que, hasta el momento, atraían algunas fórmulas donacionales a la esfera de la ordenación contractual de la sucesión y que fomentan el equívoco en torno a su equiparación.

BASE 16.^a Capacidad

Para que el pacto sucesorio sea válido, todos los otorgantes deberán ser mayores de edad.

Concordancias: ley 173.I FN; art. 63 LSAr.; art. 431-4 CCCat.; art. 210 LDCG; art. 100.3 AAVD.

Observaciones: En coherencia con la magnitud jurídica de la ordenación contractual de la sucesión del causante y con las previsiones de casi todos los ordenamientos civiles autonómicos que regulan el pacto sucesorio, se opta por exigir la plena capacidad de obrar de todos los otorgantes del contrato; prescindiendo, asimismo, de establecer diferenciaciones en base a su otorgamiento en escritura de capitulaciones matrimoniales. El favorecido con una disposición sucesoria de índole contractual que no tome parte en la perfección del pacto se verá excluido de aquella previsión por considerar que su designación ostenta la naturaleza de la vocación testamentaria.

BASE 17.^a Carácter personalísimo

El pacto sucesorio no podrá otorgarse mediante representante, sin perjuicio de que las partes puedan valerse de un poder especial que acredite el contenido completo de su voluntad.

Concordancias: ley 173.II FN; art. 64 LSAr.; art. 431-7.3 CCCat.; art. 212 LDCG.

Observaciones: Entre la libre admisión del fenómeno representativo en el ámbito contractual (art. 1.259 Cc) y el rechazo general de la figura del representante en lo que concierne a la esfera de los negocios sucesorios (art. 670 Cc), se opta por admitir el recurso a la figura del *nuntius* como mero portavoz o mensajero de la voluntad de los otorgantes. Se supedita su participación en el otorgamiento del contrato a la existencia previa de un poder especial que recoja de forma clara la voluntad de la parte contractual que no concurre a la perfección del pacto.

BASE 18.^a Forma

Para que el pacto sucesorio sea válido deberá otorgarse en escritura pública.

Concordancias: arts. 74 y 179 LDCF; ley 174 FN; art. 62 LSAr.; art. 431-7.1 CCCat.; art. 211 LDCG; art. 72 CDCB; art. 100.4 AAVD.

Observaciones: En coherencia con lo contemplado en todos nuestros precedentes normativos y en la línea de los ordenamientos civiles autonómicos que regulan la sucesión contractual, se opta por exigir la forma pública, como requisito *ad solemnitatem*, en el otorgamiento del contrato sucesorio. No resulta necesaria especificación alguna en torno a la escritura de capitulaciones matrimoniales por ostentar ésta la calidad formal requerida.

BASE 19.^a Contenido

Los pactos sucesorios podrán contener cualesquiera estipulaciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o particular, así como la renuncia a las mismas; en ambos casos, con las condiciones, sustituciones, obligaciones y cargas que se convengan.

Concordancias: art. 74 LDCF; ley 177.I FN; 66.1 LSAr.; art. 431-5.1 CCCat.; art.72.2 CDCB; art. 103 AAVD.

Observaciones: Se opta por insertar una disposición que, en la línea de otros ordenamientos civiles autonómicos y conforme a la vigente regulación vasca, enumere –de una manera ejemplificativa y en aras a completar el contenido esencial de todo contrato sucesorio considerado *in abstracto*-, una suerte de elementos accidentales que pueden acompañar la designación, renuncia o disposición de los derechos concernientes a la sucesión del causante. Se ofrece, así, a los otorgantes del pacto, una amplitud ordenadora similar a la predicable del testamento.

BASE 20.^a Clases

Se considerará pacto positivo o de institución aquél que contenga una disposición de derechos sucesorios a favor de uno o varios contratantes, con carácter recíproco o no, o de aquéllos en favor de tercero.

Se reputará pacto negativo o de renuncia aquél que acuerde la abdicación de uno de los otorgantes a los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión del causante.

Será pacto dispositivo o sobre la herencia de un tercero aquél que consensúe la disposición de los otorgantes de los derechos concernientes a la sucesión del causante, con el consentimiento de éste.

Concordancias: art. 65 LSAr.; art. 209 LDCG.

Observaciones: Pese a no ser frecuente esta previsión en otras regulaciones civiles, se considera oportuno enumerar, en una disposición ad hoc, los diversos tipos de pacto sucesorio, con un objetivo fundamentalmente clarificador. En lo tocante a los contratos sucesorios positivos, a sabiendas de que, técnicamente, su equiparación nominal a los pactos de institución no resulta correcta [dado que el aspecto concerniente a la designación sucesoria no lo agota la institución de heredero], se estima conveniente, acorde con la terminología al uso y la excesiva falta de familiaridad de las posibles alternativas, conservar la asimilación en dicho sentido.

BASE 21.^a Pacto de institución. Concepto

Se considerará pacto institutivo aquél que contenga una designación sucesoria, a título universal o particular; tanto si el nombramiento redunde en favor de uno o varios contratantes como cuando ostenta carácter recíproco entre los otorgantes o beneficia a un tercero.

El consentimiento del instituido implicará la aceptación de la herencia o del legado, sin que pueda repudiarla o rechazarlo tras el fallecimiento del causante. No obstante, el instituido podrá hacer uso del beneficio de inventario a la apertura de la sucesión.

En el caso de institución a favor de tercero habrá de estarse, para la aceptación o renuncia de las disposiciones efectuadas, al momento en que se le defieran al beneficiario, por participar éstas de la naturaleza de la vocación testamentaria.

Concordancias: ley 177.I FN; arts. 65, 70 y 82 LSAr.; arts. 431-18 y 431-28 CCCat.; art. 214 LDCG.

Observaciones: En la línea de la base que contiene la tipología del pacto, se estima conveniente recoger, en una disposición de carácter general, la esencia y las diversidades subjetivas del prototípico pacto institutivo. Se configura como un contrato enfocado a una designación sucesoria (a título de heredero o legatario), a favor de uno o varios contratantes o de carácter recíproco entre los otorgantes. La 'oferta' y 'aceptación' propias de la estructura contractual sustituyen, en el iter sucesorio, a la delación y aceptación *post mortem* propias de la vocación testada y legal; salvo en el supuesto de que el favorecido no sea parte del contrato, en cuyo caso, los derechos adquiridos tendrán la naturaleza de la vocación testamentaria y no serán deferidos hasta el fallecimiento de los instituyentes. Se articula la posibilidad de que el designado haga uso del beneficio de inventario, tras la muerte del causante, como mecanismo dirigido a limitar su responsabilidad por las deudas que engrosan el caudal hereditario.

BASE 22.^a Modalidades

Los pactos positivos o de institución podrán albergar una transmisión de bienes de presente a favor del designado o deferir dicha atribución al momento de la apertura de la sucesión. En caso de duda se entenderá que la transmisión de bienes queda diferida al fallecimiento del causante.

Concordancias: art. 181.I LDCF; ley 177.III FN; art. 71 LSAr.; art. 431-19 CCCat.; art. 215 LDCG; art. 73.II CDCB.

Observaciones: A efectos clasificatorios, asimismo, se opta por citar, en una base separada, las dos modalidades del pacto sucesorio de institución: pacto con transmisión patrimonial de presente y pacto con transmisión patrimonial diferida. En ambos supuestos el designado adquiere la condición de sucesor del instituyente; de naturaleza eventual hasta que la muerte del instituyente le otorgue firmeza. La diferencia reside en la transmisión o no, en vida del causante, del contenido patrimonial asignado a su nombramiento sucesorio. Si tal transmisión tiene lugar, el sucesor adquirirá, también, la titularidad de los bienes objeto de atribución sucesoria. En caso de que resulte dudosa la modalidad escogida por los

otorgantes, entendemos que ha de preferirse la opción de la transmisión diferida, por resultar menos gravosa para el instituyente.

BASE 23.^a Premoriencia del designado

Salvo que el pacto sucesorio establezca lo contrario, cuando el instituido premuera al instituyente dejando descendencia, operará la transmisión, sólo a favor de ésta, de los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, de los bienes adquiridos de presente por aquél.

Si tales descendientes fueren varios y el instituido premuerto no lo hubiere hecho ya, el instituyente podrá designar sucesor a uno de ellos o encomendar a fiduciarios dicho nombramiento. La nueva designación deberá constar, necesariamente, en escritura pública.

Si el instituido premuere al instituyente sin dejar descendencia, quedará sin efecto la designación sucesoria contenida en el pacto. Los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del favorecido premuerto o los subrogados revertirán al instituyente.

Concordancias: art. 83 LDCF; ley 180 FN; art. 72 LSAr.; art. 431-24.1 CCCat.; art. 106 AAVD.

Observaciones: Una vez perfeccionado el pacto, puede ocurrir que el instituido premuera al instituyente, con o sin descendencia. Se estima necesario regular ambos supuestos. Para la primera hipótesis se considera oportuno conservar, con carácter dispositivo y limitado al parentesco en línea recta del instituyente, el derecho de transmisión de las prerrogativas derivadas del pacto a favor de la descendencia del instituido que premuere al causante. Si opera dicha transmisión y los descendientes del instituido son varios, se recoge la posibilidad de que sea el instituido, el instituyente o un fiduciario el que proceda –en caso de estimarlo oportuno y en aras a la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio en el seno de la familia del instituyente-, a la elección del sucesor entre los potenciales beneficiarios, necesariamente plasmada en escritura pública. Para la segunda hipótesis, y en coherencia con la mayoría de las regulaciones civiles que contemplan la sucesión contractual, se apuesta por incardinar la premoriencia del instituido sin dejar descendientes entre una de las causas de resolución del pacto, con la consiguiente reversión de los bienes transmitidos de presente en pro del instituyente.

BASE 24.^a Pacto con transmisión patrimonial de presente

La designación sucesoria con transmisión patrimonial de presente confiere al sucesor la titularidad eventual de los bienes adquiridos. Salvo previsión diversa, todo acto de disposición o gravamen requerirá, para su validez, el consentimiento de instituyente e instituido. La disposición realizada sin dicho consentimiento será anulable.

Concordancias: arts. 77 y 181 LDCF; ley 179.II FN; arts. 74 y 75 LSAr.; art. 431-25 CCCat.; art. 107.1 AAVD.

Observaciones: En la modalidad de pacto con transmisión patrimonial de presente el instituido adquiere, además de la condición eventual de sucesor, la titularidad de los bienes transmitidos en vida del causante a cuenta de su caudal hereditario. Precisamente, por la naturaleza sucesoria de la disposición y salvo previsión diversa, todo acto de disposición o gravamen requerirá el consentimiento de instituyente e instituido –no necesariamente conjunto-, so pena de anulabilidad. Se estima conveniente no aludir a la responsabilidad por deudas de dichos bienes atendido su cómodo encaje en el régimen general.

BASE 25.^a Pacto con transmisión patrimonial *post mortem*

En virtud del pacto con transmisión patrimonial diferida se entenderá que el instituido recibe, tras la muerte del instituyente, el contenido patrimonial asignado a su nombramiento sucesorio, sin perjuicio de que la cualidad de sucesor eventual la adquiera desde el otorgamiento del contrato. El instituyente conservará la titularidad de los bienes.

Si la atribución sucesoria tuviere por objeto bienes concretos, todo acto de disposición sobre dichos bienes requerirá el consentimiento de instituyente e instituido. Los actos dispositivos realizados sin dicha concurrencia de consentimientos serán anulables.

Cuando el objeto de la atribución sucesoria efectuada en pro del instituido fuere la totalidad de la herencia del causante o una cuota de ella, las disposiciones que éste lleve a cabo y que vacíen de contenido aquella atribución serán causa de resolución del pacto.

Concordancias: arts. 78 y 182 LDCF; ley 179.I FN; arts. 77 y 78 LSAr.; art. 431-25 CCCat.; art. 105 AAVD.

Observaciones: Desde una perspectiva terminológica, se apuesta por etiquetar esta modalidad de pacto positivo como aquella que difiere la transmisión de la asignación patrimonial del instituido al momento de la muerte del causante, en lugar de rotularlo como un contrato con eficacia diferida –toda vez que los efectos del pacto tienen lugar siempre desde el momento de su otorgamiento (cumplido el plazo o la condición suspensiva, en caso de haberse estipulado), aunque no se produzca una atribución patrimonial de presente. Es ésta la que queda diferida, no la eficacia del contrato en sí misma. En esta modalidad *post mortem*, el instituyente mantiene la titularidad de todos sus bienes. Si la atribución sucesoria efectuada a favor del instituido tuviera por objeto bienes concretos, para disponer de ellos será necesario el consentimiento de instituyente e instituido –exceptuándose las liberalidades de uso o de escaso valor patrimonial-. Con esta medida se trata de proteger la integridad patrimonial de los derechos asignados a la condición de sucesor del instituido, considerando anulables las disposiciones que no cuenten con su consentimiento. Por el contrario, si la atribución sucesoria tuviera por objeto una cuota de la herencia del causante, no se estima conveniente restringir su libertad dispositiva *inter vivos*, pero serán causa de resolución del pacto las disposiciones que vacíen de contenido la atribución efectuada a favor del instituido. Se obvia la referencia a la responsabilidad por deudas por su conveniente encaje en el régimen general.

BASE 26.^a Pacto de renuncia. Concepto

Mediante pacto negativo o de renuncia se acordará entre instituyente e instituido la abdicación por parte de éste de los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión del causante. Tales pactos podrán referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición.

Concordancias: ley 172 FN; arts. 84 y 177 LSAr.; art. 451-26 CCCat.; art. 224 LDCG; arts. 50 y 77 CDCB.

Observaciones: Con una formulación amplia pretende plasmarse la aptitud del pacto negativo para albergar –como complemento o no de un pacto institutivo-, la renuncia a la legítima futura entre el causante que la debe y el titular o los titulares de la expectativa hereditaria. A título gratuito u oneroso, sometida o no a condición, la renuncia a tales expectativas trata de dar respuesta a puntuales necesidades de eliminar o flexibilizar la rigidez del régimen vasco de sucesión forzosa, aunque ésta ostente una naturaleza colectiva; fundamentalmente, en aras a la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio del causante, en la línea de todos los ordenamientos civiles autonómicos que contemplan la sucesión contractual como instrumento apto para dicha finalidad.

BASE 27.^a Eficacia revocatoria del pacto

La disposición sucesoria contractual deja sin efecto cualquier disposición testamentaria que la contradiga.

Concordancias: arts. 75.I y 183 LDCF; art. 101.1 AADV

Observaciones: Dada la esencial imposibilidad de revocar el pacto, unilateral y arbitrariamente –como consecuencia inherente a su estructura bilateral-, toda disposición paccionada deja sin efecto cualquier disposición sucesoria de naturaleza testamentaria, en aquellos aspectos que la contradigan.

BASE 28.^a Modificación, revocación y resolución convencional

La designación sucesoria contenida en el pacto solo podrá modificarse o resolverse convencionalmente mediante nuevo pacto entre los otorgantes o, en su caso, entre sus respectivos sucesores.

La disposición sucesoria efectuada en favor de tercero quedará revocada por ulterior testamento mancomunado otorgado por ambos instituyentes.

Concordancias: arts. 75.II y 184 LDCF; ley 182.I FN; art. 85 LSAr.; art. 431-12 CCCat.; art. 74.1 CDCB; art. 101.2 AAVD.

Observaciones: Atendida la esencial bilateralidad del pacto sucesorio se articula, asimismo, esta disposición, para precisar que toda modificación o resolución de lo acordado (en la hipótesis resolutoria, cuando ésta se pretenda por causas distintas a las legalmente establecidas) requerirá un nuevo pacto entre los otorgantes o, en caso de resultar necesario por la premoriencia de alguno de ellos, con la participación de sus sucesores. Se considera oportuno indicar, igualmente, la

eficacia revocatoria del testamento mancomunado otorgado por los mismos contratantes respecto del pacto perfeccionado con anterioridad cuando éste alberga una designación sucesoria en pro de tercero que no forma parte del mismo.

BASE 29.^a Revocación unilateral

El instituyente podrá revocar unilateralmente la designación sucesoria efectuada en virtud del pacto: a) Por las causas expresamente pactadas; b) Por incumplimiento de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si ésta hubiera sido pactada; c) Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación.

La revocación unilateral deberá constar, necesariamente, en documento público y habrá de notificarse fehacientemente al resto de los otorgantes. La notificación se practicará por el notario autorizante, dentro de los diez días sucesivos y en el domicilio señalado por el compareciente, además de hacerlo asimismo, si fuera distinto, en el que se hubiere hecho constar en el pacto revocado. Sin embargo y abstracción hecha de las responsabilidades en que se hubiere podido incurrir, la falsedad u ocultación del compareciente sobre el paradero de los demás contratantes, así como la falta de la notificación requerida, no afectarán a la eficacia de la revocación solemnemente realizada.

La escritura de revocación podrá acceder al Registro de la Propiedad si la designación, renuncia o disposición contractual hubiera sido previamente inscrita.

Concordancias: arts. 79 y 185 LDCF; ley 118 FN; art. 86 LSAr.; arts. 431-13 y -14 CCCat.; art. 108 AAVD.

Observaciones: Al margen de la modificación o resolución convencional, y conforme a los precedentes normativos vascos y al resto de ordenamientos civiles autonómicos que regulan la sucesión contractual, además de ofrecer la posibilidad de que los otorgantes pacten las que estimen oportunas adecuándose a sus concretas necesidades y circunstancias, se opta por enumerar una serie de causas que permitirán, por ley, la revocación unilateral de lo acordado a instancias del instituyente: el incumplimiento de las cargas impuestas por parte del instituido, la conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar si ésta se hubiera consensuado y la incursión del instituido en causa de indignidad o desheredación. Dicha revocación deberá constar en documento público y notificarse al resto de otorgantes. Lógicamente, dicha revocación podrá obtener publicidad mediante el Registro de la Propiedad si la designación contractual hubiera sido previamente inscrita.

BASE 30.^a Resolución

Serán causas legales de resolución del pacto: a) El cumplimiento de la condición resolutoria a la que está sujeta la designación, renuncia o disposición; b) La premoriencia del instituido sin dejar descendencia o, aun dejándola, si no opera a favor de ésta la transmisión prevista en la base 23.^a; c) Las disposiciones del instituyente que vacíen de contenido la atribución efectuada a favor del instituido,

cuando su objeto fuere una cuota de la herencia del causante y se trate de un pacto con transmisión patrimonial post mortem.

Concordancias: arts. 80 y 186 LDCF; ley 182.II FN; art. 89 LSAr.; art. 431-17 CCCat.; art. 109 AAVD.

Observaciones: En la línea de la base anterior, y al margen de la resolución convencional, se estima conveniente recoger, por su previsible carácter esencial, una serie de causas legales de resolución del pacto: el cumplimiento de la condición resolutoria a la que se supedita la designación sucesoria; la premoriencia del instituido sin dejar descendencia o, aun dejándola, cuando no opere en su favor el derecho de transmisión; y, finalmente, las disposiciones del instituyente que, en el marco de un pacto con transmisión patrimonial diferida, pretendan vaciar de contenido la designación sucesoria del instituido cuando el objeto de ésta fuera una cuota de la herencia del causante.

BASE 31.^a Reversión

En cualquiera de los supuestos de ineficacia de la designación sucesoria contenida en el pacto, revertirán, en pro del instituyente, los bienes transmitidos de presente al instituido que éste aún conserve o, en su caso, los subrogados.

Concordancias: art. 83.II LDCF; ley 116 FN; art. 87 LSAr; arts. 431-16 y 431-27 CCCat.

Observaciones: Como lógica consecuencia de la ineficacia del pacto, con independencia de la causa que la propicie, si ha existido una transmisión patrimonial de presente en pro del instituido ésta deberá volver a manos del instituyente. El contenido económico atribuido al instituido a cuenta de la herencia del instituyente depende, íntegramente, de la validez y eficacia del nombramiento sucesorio efectuado a su favor. Decaído éste, cesan los efectos de aquella atribución.

BASE 32.^a Efectos en las estipulaciones conectadas

La ineficacia de una disposición sucesoria paccionada lleva aparejada la de aquellas estipulaciones que, en el mismo documento, trajeren causa de aquélla.

Concordancias: art. 88 LSAr.

Observaciones: Desde una perspectiva sistemática y en aras a conservar la coherencia interna de lo acordado en el pacto, considerando como un 'todo' el conjunto de cláusulas que lo integran, parece oportuno precisar que la ineficacia de una disposición paccionada llevará consigo la de aquellas otras que, en el mismo contrato, se hallen recíprocamente condicionadas; salvando, sin perjuicio de previsión paccionada en sentido contrario, las que puedan subsistir de forma autónoma.

DE LA FIDUCIA SUCESORIA U ORDENACIÓN POR COMISARIO

BASE 33.^a Concepto

El causante podrá encomendar a uno o varios fiduciarios o comisarios que, tras su muerte, procedan a la ordenación de su sucesión. Será requisito de semejante encargo que el causante haya señalado el grupo de personas entre las cuales deba efectuarse la ordenación, o que, a falta de tal señalamiento, el causante haya dejado sucesores forzosos.

No podrá designarse comisario a quien pertenezca al grupo al que deba ceñirse la ordenación.

En la conceptualización de la figura se obviará la referencia al testamento.

Concordancias: arts. 32, 164, 140 y 141 LDCE; art. 831 CC; art. 124 LSAr.; ley 281 FN; arts. 424-1 y 424-5 CCCat.; arts. 196 y 197 LDCG; arts. 18 y 71 CDCB; art. 30 AAVD.

Observaciones: Admitida la conveniencia de que pueda encomendarse a otras personas la ordenación de la propia sucesión, expresión general que hace innecesaria la precisión legal de otros posibles cometidos más específicos, se impone, tal como establece el régimen guipuzcoano, la exigencia de que quede circunscrito el ámbito subjetivo al que deba ceñirse el comisario. Semejante circunscripción no dificulta el logro de ninguna de las finalidades a las que atiende la figura y resulta corolario lógico de la responsabilidad que al causante le compete en la ordenación de su sucesión; la falta de indicación sólo es admisible de existir herederos forzosos, viniendo en tal caso la ley, más que a integrar una voluntad, a explicitar la que se considera tácita.

Aunque el origen histórico de la institución, y su práctica habitual, sean marcadamente familiares, a la hora de conceptualizar la figura, y tal y como se ha hecho en el Derecho vizcaíno, se prescinde de tal circunstancia. De este modo, podrá designarse comisario a cualquier persona y, respetándose las normas sobre legítimas y troncalidad, la ordenación podrá realizarse a favor de cualesquiera sujetos señalados por el causante.

Un tema tradicionalmente discutido ha sido el de la posibilidad de que sea comisario un sucesor. Con semejante cuestión cabe referirse a tres situaciones distintas: si puede serlo quien ya haya sido designado por el causante como heredero o legatario; si cabe que un comisario sea autorizado por el causante para *autodesignarse*; o si puede proceder a ello un comisario no expresamente autorizado. Mientras que la primera pregunta ha de recibir una indudable respuesta positiva, ocurre lo contrario con las otras dos cuestiones. Es claro que la exigencia de que quede determinado el grupo impide que el comisario pueda aprovechar la falta de circunscripción subjetiva para favorecerse. Pero también se considera oportuno descartar que el propio causante pueda incluirle en el grupo de eventuales sucesores, posibilitándole la propia designación; y ello porque el

conflicto de intereses así propiciado resultaría difícilmente compatible con los fines que alientan y justifican la institución.

A pesar de que ha sido tradicional en el Derecho vizcaíno denominar a la institución *testamento por comisario*, la expresión debería evitarse. Una razón evidente es que el *iter* sucesorio puede desarrollarse sin que en absoluto intervenga el fenómeno testamentario. Pero, además, en la medida en que la aludida denominación evoca la idea de representación, tampoco resulta afortunada para referirse al caso en el que el comisario proceda a la ordenación en testamento (véanse las observaciones a la base 47.^a).

BASE 34.^a Capacidad

Para la validez del encargo se requerirá que el causante esté emancipado al momento de realizarlo. Por su parte, el comisario habrá de ser mayor de edad en el momento de apertura de la sucesión.

Concordancias: art. 34 LDCF; arts. 124 y 125 LSAr.; ley 284 FN; art. 424-6.1.b CCCat.; art. 32.1 AAVD.

Observaciones: Resulta conveniente establecer una previsión específica sobre la capacidad necesaria para delegar la ordenación de la sucesión y no dejar que tal capacidad se determine por la requerida para el tipo de negocio al que se vincule el nombramiento del comisario (lo que, por otra parte, no ofrecería pauta para aquellos supuestos en los que el otorgamiento del poder se realice mediante una declaración unilateral plasmada en escritura pública). El criterio de la emancipación supone una opción intermedia entre la capacidad para testar, establecida para un causante que ordena *él mismo* su sucesión, y la mayoría de edad. Asegurado el *plus* de madurez que ha de justificar la emancipación, la rebaja respecto de la mayoría de edad permitiría, sin embargo, acoger el interés de personas que por su juventud puedan echar en falta datos sobre el devenir futuro que les hagan preferir delegar en otra persona la ordenación.

En lo que hace a la capacidad del comisario, se impone la exigencia de la mayoría de edad habida cuenta de las especiales características del cargo. El momento de esa exigencia será el de la apertura de la sucesión. Se podrá así designar a menores de edad con tal de que hayan alcanzado la mayoría al fallecimiento del causante, pero se asegura que, a partir de la apertura de la sucesión, el comisario esté en condiciones de cumplir con los deberes aparejados al cargo evitando *tiempos muertos* de incertidumbre. Por otra parte, evitar referir la capacidad al momento de ejercicio del poder resulta el criterio más lógico en una institución basada en la confianza.

BASE 35.^a Formalización del encargo

Tanto el nombramiento del comisario como las eventuales instrucciones del causante, relativas a la ordenación de la sucesión, a la administración del caudal o a la disposición de los bienes y derechos integrados en el mismo, deberán constar en acto mortis causa o en simple escritura pública.

Concordancias: arts. 33 y 165 LDCF; art. 831 CC; 127 LSAr.; ley 281 FN; art. 197 LDCG; art. 71 CDCB; art. 31 AAVD.

Observaciones. Tratándose de un acto que, en un sentido amplio, puede calificarse de ordenador de la sucesión, resulta adecuado que el encargo pueda constar en testamento o contrato sucesorio. Pero cabe también que tal encargo se realice mediante declaración que conste en escritura pública; cauce que parece el más adecuado si el causante no realiza otras disposiciones relativas a su sucesión. Se ha evitado referirse a esta designación en *simple* escritura pública como acto *inter vivos*. Semejante denominación podría utilizarse sólo a efectos de indicar que se trata de un acto distinto del testamento (y, obviamente, del contrato sucesorio), pero, no siendo ello necesario, prefiere evitarse la imprecisión de calificar como *inter vivos* a un acto que, en realidad, es también *mortis causa*.

BASE 36.^a Revocación del encargo

El encargo será revocable con independencia del cauce utilizado para su formalización. La revocación podrá realizarse en acto mortis causa o en simple escritura pública.

Tendrá efectos revocatorios la designación de otro comisario, a no ser que el nuevo nombramiento afecte a una parte del caudal sustraída a la actuación del primer designado o sea voluntad del causante que actúen mancomunada, solidaria o sucesivamente.

Quedará sin efecto el encargo respecto de aquella parte del caudal de la que el causante disponga mortis causa siempre que no lo hubiese hecho con carácter preventivo.

Concordancias: arts. 48.8 y 171.8 LDCF; arts. 737, 739 y 740 CC; art. 128 LSAr.; art. 202.2 LDCG.

Observaciones: La designación de comisario es siempre un acto unilateral; de ahí que las razones que fundamentan la revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* unilaterales, a las que ha de sumarse ahora el que se trate de una institución basada en la confianza, sean plenamente invocables. La unilateralidad hace que sea irrelevante a efectos revocatorios el que el encargo se realice en negocios de estructura bilateral como el pacto sucesorio o las capitulaciones matrimoniales.

BASE 37.^a Características del cargo

El cargo de comisario será voluntario y renunciable aun después de su aceptación y de su ejercicio parcial. Sin embargo, la no aceptación o renuncia sin una causa justa determinará la pérdida de cuanto, en consideración al cargo, le hubiere sido atribuido por el causante.

Se entenderá que renuncia al cargo el designado que, requerido notarial o judicialmente por cualquiera de los posibles sucesores, el administrador u otros comisarios, no manifieste de igual forma su aceptación en los dos meses siguientes al requerimiento.

Si el causante no ha establecido otra cosa, el cargo será gratuito.

El cargo de comisario será, en todo caso, personalísimo.

Concordancias: arts. 39, 48.5, 142 y 171.5 LDCF; arts. 898, 899 y 900 CC; arts. 125.3 y 147.d LSAr.; ley 282 FN; art. 424-6.1.c CCCat.; art. 19 I CDCB; art. 36 AAVD.

Observaciones: La inexistencia de causa justa no se erige en una, imposible de articular, causa de irrenunciabilidad, sino en determinante de la pérdida de beneficios, sucesorios o no, atribuidos en consideración al cargo. Por otra parte, el carácter renunciable no excluye que la conducta pueda ser calificada de culpable a efectos de responsabilidad por los daños causados y objetivamente imputables a aquélla.

Por si hay dudas en relación a la aceptación o, no habiéndolas sobre ese particular, las hay sobre una eventual renuncia posterior, es oportuno arbitrar, tal y como ocurre en el Derecho aragonés, un sistema de requerimiento, de suerte que la falta de pronunciamiento al respecto se considere renuncia. Pronunciamiento que, cuando es positivo, puede ser propiamente de aceptación o de reiteración de una aceptación ya realizada (la previa aceptación podría ser relevante de cara a determinar la existencia o no de un deber jurídico si su concurrencia tuviera, en el caso, alguna trascendencia).

Superando las dudas derivadas del tenor del actual art. 39 LDCF, se establece claramente que el cargo de comisario es naturalmente gratuito pero no lo es esencialmente. Por otra parte, de conformidad con los precedentes y con el criterio generalizado, se sienta el inderogable carácter personalísimo del cargo, personalismo que se proyecta sobre la función emblemática del comisario, la designación sucesoria; cabrá, por tanto, la designación de albacea y contador-partidor.

BASE 38.^a Pluralidad de comisarios

Podrán designarse varios comisarios para actuar de forma individual, mancomunada, solidaria o sucesiva. A falta de previsión del causante, se entenderá que el funcionamiento es mancomunado.

En caso de actuación mancomunada, y si otra cosa no se hubiere establecido, las decisiones se adoptarán por mayoría, teniendo, en caso de empate, voto dirimente el comisario nombrado en primer lugar. Para el cálculo de la mayoría se tomará como referencia a los comisarios nombrados cuya renuncia no conste.

Si se hubiera nombrado a varios comisarios para que actúen mancomunada o solidariamente, y el encargo fuera ineficaz o se extinguiera respecto de alguno de ellos, éste subsistirá respecto de los demás salvo previsión en contra del causante.

Concordancias: arts. 32 y 39.I LDCF; arts. 894 y 895 CC; arts. 124, 145 y 148.2 LSAr.; leyes 281 y 283 FN; art. 40 AAVD.

Observaciones: En caso de pluralidad de comisarios, la preferencia por la actuación *contemporánea* se impone desde la perspectiva de que, no habiendo

indicación del causante, no cabe diferir la eficacia de la designación de ninguno ni reparto entre los comisarios. Por otra parte, en la opción entre la solidaridad o la mancomunidad, la primera se ha de mantener como criterio residual a expensas de que lo establezca el causante.

No resultan fáciles de abordar normativamente los problemas relacionados con el funcionamiento mancomunado. Adoptado el criterio del Fuero de Bizkaia de decisión por mayoría y forma de deshacer el empate, se precisa la referencia a efectos del cálculo de la mayoría.

BASE 39.^a Plazo

El plazo para el cumplimiento del encargo será el establecido por el causante. Podrá ser indefinido si el comisario fuera usufructuario vitalicio del caudal al que se refiere el encargo.

A falta de señalamiento por el causante, el encargo deberá ejecutarse en los dos años siguientes a la apertura de la sucesión si entonces todos los posibles designados son mayores de edad o están emancipados. En otro caso, para determinar la extinción del plazo, el cómputo se realizará a partir de la mayoría de edad o emancipación de todos ellos. El mismo criterio se seguirá para el cómputo del plazo establecido por el causante.

Podrá solicitarse la prórroga judicial del plazo correspondiente, que no podrá exceder de dos años a contar desde la expiración del anterior y cuya concesión requerirá una justa causa.

Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar a la autoridad judicial la reducción del plazo establecido, que sólo procederá de existir una justa causa.

Concordancias: arts. 44 y 169 LDCF; art. 831.1.II CC; arts. 129,130, 131 y 132 LSAr.; art. 424-9 CCCat.; art. 199 LDCG; arts. 32.3 *in fine*, 41 y 44 AAVD.

Observaciones: Partiendo de que el supuesto normal será el de la fijación del plazo por parte del causante, se sienta que el carácter indefinido del mismo ha de venir acompañado de la condición de usufructuario vitalicio en el comisario; y ello porque se entiende que esa es la razón que puede justificar semejante dilación en la ordenación sucesoria. Sin embargo, y a diferencia del actual régimen vizcaíno, el plazo indefinido no se limita al cónyuge. Semejante limitación tendría todo su sentido si la posibilidad de ordenación por comisario se circunscribiera a los casos en los que existan herederos forzosos, pero no es éste el diseño institucional de la figura. Cosa distinta es que, existiendo sucesores forzosos y no siendo comisario el cónyuge, el plazo indefinido (en realidad, todo plazo excesivo, en el sentido de no justificado) vulnere la intangibilidad cualitativa de los derechos de sucesión forzosa.

No se aborda en la base, tampoco en la normativa vigente ni en el panorama comparado, la cuestión de los plazos *excesivos* pero no indefinidos. Una vertiente del problema es, tal y como se acaba de señalar, la de la intangibilidad cualitativa de los derechos legitimarios y en esa sede deberá resolverse. Pero otra faceta de asunto se refiere a su establecimiento sin atribuir el usufructo al comisario (en la

base tal atribución es requisito del plazo indefinido) y, en definitiva, al sentido que puede tener mantener pendiente, sin interés que lo fundamente, la ordenación sucesoria. Por esa razón, se considera adecuado establecer, tal y como se establece en el Derecho aragonés, la posibilidad de que el plazo pueda ser reducido de concurrir justa causa; justa causa para cuya determinación han de ser ponderados los intereses en juego y muy especialmente el sentido institucional de la ordenación por comisario.

Siguiendo el criterio del legislador aragonés, se ha considerado también conveniente introducir la previsión de que, mediando justa causa –nuevamente se impone el análisis de las circunstancias del caso y la finalidad de la figura- pueda prorrogarse el plazo por un máximo de dos años; plazo que se establece a la vista del fijado para el caso de no previsión por el causante.

El establecimiento, en caso de falta de indicación del causante, de un plazo de dos años para la ordenación sucesoria supone una cauta ampliación respecto del actual, y quizás demasiado corto, de un año. Para la fijación del *dies a quo* se ha seguido el último criterio del legislador vasco, el del Fuero de Gipuzkoa, que optó por el de la mayoría de edad o emancipación de todos los posibles designados.

BASE 40.^a Delación y capacidad sucesoria

La delación de la herencia se producirá en el momento de la designación sucesoria o de la extinción del encargo. La capacidad de los eventuales sucesores se determinará por referencia a la delación.

Sin perjuicio de las causas previstas en la legislación civil general, se considerará incurso en causa de indignidad a quien, con amenaza, fraude o violencia, obligare al comisario a otorgar, revocar o modificar disposiciones sucesorias; o a quien, por iguales medios, le impidiera ejecutar el encargo o revocar o modificar actos ya realizados, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores.

Concordancias: art. 34.II LDCF; art. 756 CC; arts. 13 y 133 LSAr.; art. 424-1.2.c y 424-6.1.f CCCat.; arts. 18 IV y 19 II CDCB; art. 32.2 AAVD.

Observaciones: Lo señalado en la base, deja constancia de la *lógica* que la ordenación por comisario introduce en el proceso sucesorio. Ninguna variación hay respecto de la apertura de la sucesión, pues la misma acaece, como no puede ser de otra manera, al momento del óbito o de la declaración de fallecimiento del causante; pero la delación tendrá lugar cuando se proceda a la designación sucesoria o cuando el encargo se extinga. Lo anterior constituyen principios básicos de la dogmática sucesoria, pero su expresión puede resultar conveniente como referencia conceptual de cara a normativa no civil. Además, la alusión al momento de delación de la herencia constituye un buen antecedente de cara a sentar el momento en el que deberá concurrir la capacidad de los designados. Ciertamente, referir la misma al momento de la delación, también es exigencia de esos principios sucesorios básicos, pero quizás resulte conveniente su constancia habida cuenta del distinto criterio que se sigue en la vigente normativa aplicable en Bizkaia.

Por otra parte, a propósito de la capacidad del sucesor, se consideran causas de indignidad comportamientos contra la libertad de disposición del comisario que el derecho supletorio lógicamente sólo refiere al causante.

BASE 41.^a Liquidación de la sociedad conyugal

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

Sin embargo, no se requerirá liquidación caso de que el cónyuge comisario ejercite el encargo en testamento al tiempo que ordena su propia sucesión y disponiendo únicamente a favor de descendientes comunes.

La liquidación podrá ser solicitada por el comisario, por el administrador o por cualquiera de los posibles sucesores, y deberá ser practicada por el supérstite con los posibles sucesores o, en su caso, con el contador- partidario.

Concordancias: arts. 105 y 106 LDCF; art. 831. 1 CC; arts. 140 y 142.3 LSAr.; art. 200.2 LDCG.

Observaciones.- La liquidación constituye un *prius* lógico para la realización del preceptivo inventario y la consiguiente determinación del caudal relicto. El principio general es que, con independencia de quién sea el comisario, la misma se requiere siempre que haya atribución de bienes concretos. La única salvedad a dicho principio, la disposición en testamento por parte del comisario, ordenando al tiempo su propia sucesión y únicamente en favor de descendientes comunes – nótese que, para ejecutar el encargo en testamento, el cónyuge ha de ser usufructuario vitalicio-, se justifica en la *unidad de destino* de todos los elementos de la comunidad. Sin embargo, ha de tenerse presente que, en este caso, no se configura la facultad del supérstite de negarse a la liquidación, pues, de un lado, se mantiene intacta la legitimación para solicitarla, y, de otro, y tal y como ya se ha señalado, resulta necesaria para la formación de inventario. Por esa razón, habrían de erradicarse, en sede de régimen económico matrimonial, preceptos como el art. 105 I LDCF (*Si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor*). Precepto que, amparando la no liquidación de la comunidad (en este caso, *postcomunicación*), diseña un panorama ciertamente complicado para un comisario *extraño* que desee atribuir bienes, y es que no se acierta a ver cómo puede hacerlo sin conocer la composición del caudal.

BASE 42.^a Inventario

En el plazo de seis meses desde la muerte del causante o desde la declaración judicial de su fallecimiento, el administrador deberá realizar un inventario de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la herencia, con citación de los posibles sucesores y, en su caso, del comisario. Podrá solicitarse la prórroga judicial del plazo, que requerirá la concurrencia de causa justificada.

Transcurrido el plazo sin que el inventario se haya llevado a cabo, podrá solicitarse a la autoridad judicial que se requiera al administrador para que lo realice, fijándole un nuevo plazo. Al término del mismo, el inventario se realizará a su costa.

El inventario se elevará a escritura pública si así lo solicitara cualquiera de los posibles sucesores o, en su caso, el comisario.

Concordancias: arts. 36 y 167 LDCF; art. 135 LSAr.; art. 34 AAVD.

Observaciones: La más prolongada situación de yacencia que implica la ordenación por comisario, determina también que deba sentarse la obligación de realizar inventario. Tal obligación debe, en buena lógica, recaer sobre el administrador, sea o no comisario.

No se considera procedente que el causante pueda eximir de semejante obligación, y en ningún caso ello debería caber si los posibles sucesores fueran legitimarios. Es claro que la obligación existe para todo administrador, también si es el cónyuge.

BASE 43.^a Alimentos con cargo al caudal

Pendiente la ejecución del encargo, los descendientes que ostenten la condición de sucesores forzosos preferentes y estén en situación legal de pedir alimentos, podrán solicitarlos con cargo a la herencia, a falta de persona obligada a prestarlos conforme a la legislación civil general.

Los descendientes que ostenten la condición de sucesores forzosos preferentes y sean personas con discapacidad podrán reclamar una pensión alimenticia de extensión bastante para satisfacer sus necesidades especiales.

Concordancias: art. 41 LDCF; art. 136 LSAr.; art. 21.1 AAVD.

Observaciones: El establecimiento de un derecho de alimentos durante la yacencia responde a la razonable idea de atender a los destinatarios del caudal mientras el mismo está pendiente de atribución; en la base, sin embargo, se excluye a los posibles sucesores que no sean legitimarios preferentes pues el no serlo indica la presencia de una persona que, en su caso, sí estaría legitimada para la solicitud.

El derecho de alimentos reforzado a favor de personas con discapacidad debe entenderse referido a quienes estén en la situación definida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

BASE 44.^a Administración y representación. Su contenido

Mientras la herencia continúe yacente, ostentará su administración y representación la persona que a tal efecto hubiere designado el causante.

A falta de designación, competarán aquellas funciones al comisario, sin perjuicio de la administración que corresponda a quien usufructúe todo o parte del caudal.

El administrador realizará los actos necesarios para la conservación y explotación del caudal relicto, satisfará las obligaciones y cargas de la herencia, y realizará cualesquiera otros actos propios de su función. Estará igualmente legitimado, activa y pasivamente, en relación con las acciones referidas al patrimonio hereditario.

El administrador tendrá derecho al reembolso de los gastos realizados en ejercicio de su cargo.

Concordancias: arts. 40 y 168 LDCF; art. 831.2 CC; art. 801 LEC; arts. 134 y 137 LSAr.; ley 287 FN; arts. 424-4, y 424-10 CCCat.; art. 201 LDCG; arts. 37 y 43.3 AAVD.

Observaciones: La más prolongada situación de yacencia que implica la ordenación por comisario, hace imprescindible la previsión normativa respecto de la administración del caudal. En lo que hace a la condición de administrador, y a falta de indicación del causante, el criterio del Derecho vizcaíno ha sido el de *preferir* al cónyuge, y, solo en ausencia del mismo, atribuir tal función al comisario. Criterio que parece inspirado en un modelo de cónyuge usufructuario del caudal y que así resultaría administrador de la comunidad postcomunicación. Tal vinculación entre usufructo y administración se explicita por el legislador aragonés, que atribuye la administración al cónyuge en la medida en que disfrute del usufructo del caudal (y, en otro caso, limita la administración a los bienes afectos al usufructo de viudedad). Sin embargo, precisamente las consideraciones anteriores llevan a descartar que, por el solo hecho de serlo, el cónyuge resulte preferido como administrador. En consonancia con lo aquí expresado, debería eliminarse en sede de régimen económico de comunicación foral, la atribución de la administración del caudal al supérstite en caso de existencia de comisario (art. 105 I LDCF; véase lo señalado en las observaciones a la base 41.^a).

BASE 45.^a Actos de disposición

A falta de otra previsión del causante, las facultades de disposición sobre el patrimonio hereditario corresponderán al administrador.

El administrador podrá disponer a título oneroso de bienes o derechos hereditarios y constituir gravámenes sobre los mismos cuando el causante le haya autorizado para ello o cuando sea necesario para atender al pago de las obligaciones y cargas de la herencia y proveer a la conservación y explotación del patrimonio. A salvo lo destinado al pago de las obligaciones y cargas de la herencia, la contraprestación así obtenida quedará integrada en el caudal.

La enajenación y gravamen de bienes inmuebles, explotaciones, valores mobiliarios y bienes de extraordinario valor con relación al caudal hereditario, requerirán el consentimiento de los posibles sucesores o autorización judicial, de los que no podrá dispensar el causante si aquéllos ostentasen la condición de legitimarios. Las enajenaciones sin el consentimiento o autorización precedentes podrán ser anuladas en los cuatro años siguientes a su realización.

Concordancias: arts. 138 y 139 LSAr.; art. 803 LEC; arts. 424-4 y 424-10 CCCat.; art. 43.4 AAVD.

Observaciones: Frente al silencio de la actual regulación, que ha colocado en el terreno de lo discutido la posibilidad y el fundamento normativo de los actos de enajenación a título oneroso sobre bienes y derechos del caudal, se impone sin lugar a dudas, y con las cautelas establecidas, reconocer expresamente tal posibilidad. Posibilidad que se justifica con la sola lectura de los supuestos consignados y que en realidad viene ligada a una administración *dinámica*.

A falta de especificación por parte del causante, se ha considerado más adecuado atribuir las facultades de disposición al administrador. Cierto es que podría pensarse que, siendo el comisario quien puede disponer ordenando la sucesión del causante, a él deberían corresponderle también los actos de disposición a título oneroso. Pero los dos tipos de actos de disposición responden a lógicas distintas, y los que ahora nos ocupan giran en torno a la conservación, mantenimiento y optimización del patrimonio. De hecho, ya se ha señalado que los que aquí se prevén en ausencia de indicación del causante, pueden ya entenderse vinculados a la administración tal y como se configura en la base precedente.

BASE 46.^a Facultades del comisario

El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido por el causante. En otro caso, ostentará las mismas facultades que a éste le hubieran correspondido con las salvedades que se deriven de la presente regulación.

Si no estuviera expresamente autorizado para ello, el comisario no podrá revocar en todo o en parte el testamento otorgado con carácter preventivo por el causante.

Concordancias: arts. 35 y 166 LDCF; art. 126 LSAr.; art. 33 AAVD.

Observaciones: Tal y como se indica en la base, la prohibición de revocar las disposiciones testamentarias del causante, solo tiene sentido referirla a las realizadas para el caso de que el comisario no ejecutara total o parcialmente el encargo. Y es que si el causante hubiera dispuesto testamentariamente de una parte del caudal sin ese carácter preventivo, tales disposiciones desplegarían efecto al momento de apertura de la sucesión y ya, por principio, serían irrevocables.

BASE 47.^a Ejecución del encargo

Salvo previsión en contrario del causante, el comisario podrá ejecutar el encargo en uno o varios actos y realizar una nueva ordenación si la anterior deviene ineficaz.

Si el comisario fuera usufructuario vitalicio del caudal, podrá llevar a cabo la ordenación en testamento abierto notarial o contrato sucesorio. En cualquier otro caso, deberá realizarse en simple escritura pública.

La ordenación llevada a cabo en testamento sólo surtirá efectos al fallecimiento del comisario, por lo que será libremente revocable.

El comisario deberá expresar si efectúa la designación de sucesor a título universal o particular.

Concordancias: arts. 45, 46 y 170 LDCF; art. 831.1.II CC; art. 141 LSAr.; leyes 285 II y 286 FN; arts. 424-2 y 424-7.1 CCCat.; arts. 19 y 71.II CDCB; arts. 42 y 43.1 y 2 AAVD.

Observaciones: El comisario ordena la sucesión del causante, de manera que, aunque gráfica, no resulte apropiada la tradicional referencia a la posibilidad de ejecutar el encargo mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*. Por ello, en lugar de actos *inter vivos*, se ha preferido hablar de ordenación en *simple* escritura pública. Podrá de esta manera realizarse la designación mediante acto unilateral, que es lo que resulta razonable tratándose de ordenación sucesoria y obviar el tradicional y cuestionable recurso a la donación: como acto bilateral, la donación requiere para su validez el concurso de dos consentimientos; pero tratándose, como se trata, de una ordenación sucesoria, el consentimiento del sucesor no debe erigirse en requisito de validez del acto ordenador sino de adquisición de su derecho sucesorio.

La circunscripción de la posibilidad del recurso al testamento a los supuestos en los que el comisario es usufructuario vitalicio, se explica porque sólo en este caso tiene sentido que la ordenación no produzca efectos hasta el fallecimiento del comisario. Y es que el testamento del comisario, aunque en el mismo se ejecute el encargo, es siempre un acto revocable. En la ordenación por comisario no hay, no puede haberla porque no cabe representar a un fallecido, representación *post mortem*. Por eso debe superarse la tradicional, e incompatible con el actual estadio de las ideas jurídicas, concepción del Derecho vizcaíno de entender que el testamento en el que el comisario ordena la sucesión del causante es el testamento de éste y que, como regla general, produce efectos desde su otorgamiento.

BASE 48.^a Extinción y falta de eficacia del encargo

El encargo se extinguirá o no alcanzará eficacia: 1.- Por las causas previstas por el causante. 2.- Por revocación. 3.- Por expiración del plazo. 4.- Por muerte, declaración de fallecimiento, imposibilidad o incapacidad del comisario. 5.- En el caso del cónyuge comisario, y a salvo otra disposición por parte del causante, por la presentación, con posterioridad a su nombramiento, de la demanda de separación, divorcio o nulidad. 6.- Si el comisario es el cónyuge supérstite, por contraer nuevo matrimonio o mantener una relación análoga a la conyugal, a no ser que otra cosa hubiera establecido el causante. 7.- Por renuncia del comisario. 8.- Por incurrir en causa de desheredación o indignidad para con el causante o sus descendientes.

La extinción del encargo no afectará a los actos de ordenación del comisario realizados en simple escritura pública o en contrato sucesorio. Sin embargo, no alcanzará eficacia la ordenación realizada en testamento.

Si el encargo no alcanza eficacia o se extingue, los destinatarios del caudal serán las personas entre las que había de realizarse la ordenación. En caso de extinción, su capacidad se determinará cuando la misma se produzca.

Concordancias: arts. 48 y 171 LDCF; art. 831.5 CC; arts. 147 y 148 LSAr.; leyes 284 I-II y 288 FN; art. 202 LDCG; art. 22 CDCB; art. 45 AAVD.

Observaciones: Ha sido tradicional referirse en el Derecho vasco a causas de *extinción* del poder ordenador. Pero no todas las circunstancias enumeradas en los arts. 48 y 171 LDCF lo son propiamente de extinción, pues para ello sería necesario que el nombramiento hubiera sido eficaz. Así, mientras algunas causas impedirán que el nombramiento surta efecto, otras determinarán efectivamente la extinción del encargo. Ciertas causas, empero, podrán producir un efecto u otro en función del momento en el que acaezcan.

Lógicamente, la extinción del poder no afectará a las disposiciones que ya han desplegado su eficacia. Tampoco a aquellas que, como los contratos sucesorios, generan una vinculación y no son libremente revocables. Pero sí habrá de hacerlo a las designaciones o atribuciones que sólo desplegarían efectos a la muerte del comisario y que hasta entonces podrían ser revocadas.

Aunque a menudo se señala que la ineficacia o extinción de la fiducia daría lugar a la apertura de la sucesión legal para el caudal pendiente de asignación, más razonable es respetar el criterio del causante y entender que las personas entre las que había de realizarse la ordenación serán las destinatarias del caudal.

DE LA SUCESIÓN FORZOSA

BASE 49.^a Régimen general y especialidades

A salvo las singularidades que establece la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, para la Tierra Llana en Bizkaia y para Llodio, Aramaio y la Tierra de Ayala en el Territorio Histórico de Álava, regirá en todo el territorio de la Comunidad Autónoma Vasca un régimen único de sucesión forzosa.

Concordancias: no las hay.

Observaciones: Los inconvenientes de la fragmentación legislativa que en el ámbito del Derecho civil padece, hoy, el País Vasco se hacen sentir especialmente en sede de sucesión forzosa, pues concurren en su territorio hasta cuatro regímenes legitimarios diversos; a saber, los propios del Fuero civil de Bizkaia, del Fuero de Ayala, del Fuero de Gipuzkoa y del Código civil. Resulta, por tanto, imprescindible e insoslayable el establecimiento en esta materia de un régimen uniforme que se adecue y responda a las necesidades actuales de la sociedad vasca y que permita superar en la medida de lo posible aquella irracional y costosísima división. Sin embargo, ello no impide la preservación, en forma de especialidades, de ciertas instituciones –debidamente actualizadas y remozadas– con singular arraigo en algunos de nuestros territorios y, así, la troncalidad en el caso de Bizkaia o la irrestricta libertad de testar existente en la Tierra de Ayala.

Capítulo I – Del régimen general

BASE 50.^a Sujetos

Serán sucesores forzosos o legitimarios los hijos y demás descendientes y, a falta de ellos, los padres y demás ascendientes. Asimismo el cónyuge viudo disfrutará, con

independencia de si concurren o no a la sucesión parientes en línea recta, de una legítima en usufructo, siempre que, al instante de la apertura de la sucesión, no se halle separado de su consorte judicialmente o de hecho.

Ostentarán la condición de legitimarios todos los sujetos comprendidos dentro del grupo de descendientes o, en su caso, de ascendientes. Sin embargo, aquellos que sean más próximos en grado al causante merecerán la consideración de sucesores forzosos preferentes o inmediatos frente a los más lejanos o mediatos.

Los descendientes de un descendiente que sea sucesor forzoso preferente le representarán por estirpes en su condición de tal cuando aquél haya premuerto al causante, haya sido desheredado con causa legal o declarado indigno de suceder.

Concordancias: arts. 53 y 134.2 LDCF; arts. 807 y 834 CC; art. 47 AAVD.

Observaciones: En las más recientes reformas legislativas en materia de sucesiones se aprecia una tendencia a la supresión de la legítima de los ascendientes; así ha ocurrido, por ejemplo, en Francia (Ley n.º 2006-728 de 23 de junio de 2006 –antiguos arts. 914 y 916 del *Code-*) o, más próximamente, en Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil –art. 146.2 de la derogada Ley 4/1995, de 24 de mayo-). Dicho fenómeno se explica, ante todo, por la elevada expectativa de vida de la que disfrutaban hoy día los ciudadanos en las sociedades desarrolladas. Piénsese, en efecto, que semejante circunstancia convierte a la legítima de los ascendientes en una figura excepcional y de extrañísima aplicación, puesto que, a la muerte del causante, sus ascendientes normalmente habrán fallecido ya. Esa idea, sumada al dato de la existencia de sistemas de previsión pública (pensiones de jubilación) y privada (fondos y planes de pensiones), que permiten a los ascendientes cubrir sus necesidades vitales, convierten a este derecho legitimario en una figura relativamente superflua. Sin embargo, el principio de solidaridad intergeneracional y la conveniencia de suavizar la onerosa carga a la que han de hacer frente las distintas Administraciones Públicas para atender las necesidades de una población cada vez más envejecida podrían aconsejar su mantenimiento en unas dimensiones más reducidas de las hasta el momento conocidas.

La discriminación entre sucesores forzosos preferentes o inmediatos y otros más relegados o mediatos se explica por el carácter global que se asigna a su expectativa sucesoria y la consiguiente conveniencia de diferenciar los respectivos derechos que ostentan en cuanto a ella, más consistentes en el primero de los casos y más débiles en el segundo. Dicho de otro modo: aunque todos los descendientes o, en su caso, todos los ascendientes sean sucesores forzosos, no todos ostentan la misma posición frente a la legítima. Tal discriminación –que, por otra parte, resulta perfectamente lógica en cualquier supuesto legal de concurrencia parental para ordenar los derechos y expectativas de que se trate (así ocurre, verbigracia, en la sucesión intestada)- es imprescindible para determinar el régimen de la preterición no intencional.

BASE 51.^a Cuantía

Constituirá la legítima de los descendientes la mitad del caudal fijado conforme a las directrices de la base 52.^a, salvo cuando exista uno solo, en cuyo caso será de una cuarta parte.

Constituirá la legítima de los ascendientes la tercera parte del caudal fijado conforme a las directrices de la base 52.^a, salvo cuando exista uno solo, en cuyo caso será de un cuarto.

La legítima del cónyuge viudo estará constituida por el usufructo de la mitad del caudal fijado conforme a las directrices de la base 52.^a cuando concurra a la sucesión con descendientes o ascendientes. Si no concurren parientes en línea recta, su usufructo se extenderá a dos tercios de ese mismo caudal.

Concordancias: arts. 55, 56 y 58 LDCF; arts. 808 y 809 CC; arts. 42 y 79 CDCB; arts. 49 y 52 AAVD.

Observaciones: Esta base propugna el establecimiento de una legítima común de dimensiones más reducidas que las previstas por el Código civil (dos tercios para los descendientes y la mitad para los ascendientes) o por el Fuero de Bizkaia (cuatro quintos para los descendientes y la mitad, también, para los ascendientes). La reducción se justifica en la medida en que unas legítimas tan vastas como las hoy vigentes en el País Vasco han perdido totalmente su razón de ser: en primer lugar, porque responden a las necesidades de una sociedad en la que la expectativa de vida es muy baja (la del siglo XIX, en el caso del Código, y la del siglo XVI en el caso de Bizkaia –Fuero Nuevo de 1526-), ya que sólo en esa tesitura la legítima amplia colma una función real, a saber, proporcionar el sustento imprescindible a unos hijos que todavía se hallan en la minoría de edad cuando mueren sus padres; sin embargo, en una sociedad como la actual, en la que la esperanza de vida es elevadísima, los hijos heredan a sus progenitores en una etapa muy avanzada de su madurez, lo que significa que los primeros tienen ya, en ese instante, resuelta y enderezada su vida. En segundo lugar, porque, como ya se ha apuntado, la legítima de los ascendientes es, por idéntica razón (altísimas expectativas de vida), una figura de muy rara aplicación, lo que le dota de un carácter residual; aparte de que tampoco cabe asignarle una misión asistencial en tanto en cuanto los mayores ya subvienen a sus propias necesidades a través de sistemas de previsión pública (pensiones de jubilación) y privada (fondos y planes de pensiones). En fin, se aboga por aquella reducción porque la correlativa ampliación que de este modo se obtendría de la parte de libre disposición permitiría satisfacer una reivindicación muy generalizada en los ambientes urbanos: otorgar al causante mayores posibilidades en orden al favorecimiento del cónyuge viudo.

Se propone, además, una legítima de cuantía variable, que menguará cuando exista un único descendiente o ascendiente. La solución encuentra explicación en la pérdida de la libertad distributiva que en estas hipótesis sufre el causante. En efecto, comoquiera que en ellas no podrá apartar al legitimario que, sin incurrir en causa de indignidad o desheredación, se haya conducido mal con él mismo o su familia, se ha entendido oportuno ampliar preventivamente su libertad de

disposición en favor de extraños, de la que, como prudente árbitro de su interés y del de su familia, podrá hacer uso o no.

En cuanto a la legítima que en usufructo corresponde al viudo o viuda, se preservan las razonables proporciones que guarda en el Fuero vizcaíno, aunque, como se verá después, se permite su ampliación a voluntad del causante incluso en presencia de legitimarios.

BASE 52.^a Caudal computable

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que queden a la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de última enfermedad y entierro o incineración. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de los bienes donados o enajenados por cualquier título gratuito por el causante durante los veinte años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. Como excepción, el valor de los bienes que hayan sido objeto de atribuciones gratuitas imputables a la legítima deberá computarse con independencia de la fecha de su realización.

El valor de los bienes de la herencia que se tendrá en cuenta para el cálculo de la legítima será el que ostenten en el momento de liquidarse esta última. En cuanto a los enajenados por título gratuito, se atenderá al valor que tenían al instante en que se efectuó la enajenación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima.

Concordancias: art. 62 LDCF; art. 818 CC; art. 174 LSAr.; art. 451-5 CCCat.; arts. 58, 59 y 60 AAVD.

Observaciones: La razón por la cual se propone limitar temporalmente las donaciones susceptibles de cómputo reside en que, de esta forma, aparte de simplificarse el cálculo de la legítima, se evitan engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados mucho tiempo atrás. Además, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 8 de julio, del Libro IV del Código civil de Cataluña, que acoge también esta innovación, es un modo de propiciar “una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores”. El límite de los veinte años –frente a los diez que prevé el ordenamiento catalán- no se ha adoptado de forma caprichosa: se explica por la avanzada edad a la que suelen fallecer los ciudadanos y ciudadanas vascas. Las donaciones realizadas en esos veinte años –anteriores a la apertura de la sucesión- se computarán con independencia de quién sea el favorecido. Idéntico trato al de las donaciones recibirán los restantes actos a título gratuito efectuados por el *de cuius*, como, por ejemplo, los realizados mediante pacto sucesorio con transmisión de presente, la dotación de una fundación, la condonación de una deuda, etc. La excepción relativa a las atribuciones gratuitas imputables a la legítima se explica porque, de no traerse su valor a la masa de cálculo, la expectativa de los sucesores forzosos sufriría una mengua excesiva.

En lo que se refiere al criterio de valoración, se ha adoptado uno que sirva no sólo para los casos en que la sucesión haya sido ordenada por el mismo causante, sino

también para las hipótesis en que haya confiado esa misión a un tercero o fiduciario. Comoquiera que en estos últimos supuestos puede transcurrir un amplio lapso temporal entre la muerte del *de cuius* y la satisfacción de la cuota legitimaria, siendo empero procedente que los sucesores forzosos participen en la fluctuación del valor de los bienes relictos, se ha establecido como instante para la valoración el que resulte más cercano a su pago (el del día de la liquidación). En cuanto al *donatum*, se altera el criterio previsto para Bizkaia por el artículo 62 LDCF, de forma que se computará el valor que el bien dado tenía al momento de cederse y no el que hubiera podido tener al momento de morir el causante; la razón para este cambio reside en que aquel primer valor mide con exactitud el enriquecimiento que obtuvo el donatario y el empobrecimiento que padeció el donante, mientras que con la adopción del segundo se persigue, un tanto ficticiamente, reconstruir el patrimonio del *de cuius* con unos bienes que salieron ya de él acaso mucho tiempo atrás y que desde entonces pertenecen legítimamente a un tercero. Eso sí, se tendrán en cuenta las variaciones del valor de la moneda, con lo que el valor de *antaño* se adecuará siempre a unidades monetarias *actuales* o, más exactamente, a las unidades monetarias del instante en que se liquide la legítima.

BASE 53.^a Legítima global y títulos de atribución

El disponente podrá distribuir libremente la legítima entre todo el grupo de descendientes o, en su caso, de ascendientes, o elegir a uno solo de ellos, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.

La legítima podrá atribuirse por cualquier título lucrativo y, en consecuencia, a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma.

La existencia de sucesores forzosos no impedirá al disponente instituir como heredero a un extraño.

Concordancias: art. 54 LDCF; arts. 171 y 172 LSAr.; arts. 48 y 51 AAVD.

Observaciones: Una legítima de carácter colectivo o global, libremente distribuible por el causante al modo de la vizcaína, permite evitar algunos de los serios inconvenientes que plantean los sistemas que reservan porciones individuales intangibles para cada uno de los sucesores forzosos, como el del Código. En particular, son muy severas las trabas que el esquema legitimario del Código civil plantea (y que tradicionalmente ha planteado en el País Vasco) en orden a la transmisión indivisa de las pequeñas y medianas empresas (muy especialmente, las de corte familiar), pues aunque su titular pueda, ciertamente, valerse del tercio de mejora e incluso del de libre disposición para dejársela íntegra a aquel de los hijos que estime más capacitado para continuar la explotación, la porción de legítima estricta que ineludiblemente han de recibir sus hermanos conduce, a falta de otros bienes suficientes en la herencia, a la división (o gravamen) del negocio. De este problema se ha hecho eco el propio legislador estatal, quien ha tratado de solventarlo a través de reformas parciales, mas siempre insuficientes, como, por ejemplo, la materializada mediante la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa que modificó el artículo

1056.2º CC. No será impertinente recordar que fue esta onerosa traba la que, tradicionalmente, afectó a las explotaciones agrarias guipuzcoanas y la que condujo de forma directa a la promulgación de la Ley vasca 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la LDCF en lo relativo al Fuero civil de Gipuzkoa. Nótese, sin embargo, cómo el resto de guipuzcoanos, titulares de empresas operantes en otros sectores económicos, así como los alaveses que ostenten vecindad civil común y los vizcaínos no aforados –sometidos al Código en materia de legítimas- continúan sufriendo hoy los descritos inconvenientes. Pero además, y fuera de esta hipótesis, el tercio de legítima estricta constituye también un grave obstáculo para alcanzar otras finalidades igualmente deseables y absolutamente lícitas, como la del causante que, teniendo un modesto peculio, desee atender en modo preferente a las necesidades vitales de su hijo judicialmente incapacitado o que padezca algún tipo de discapacidad. Nuevamente, el legislador estatal ha tratado de paliar este obstáculo mediante el retoque puntual de algunos preceptos del Código –véase, sobre todo, la nueva redacción dada al párrafo tercero del art. 808 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad-. Empero el retoque se ha mostrado, también en esta ocasión, completamente insuficiente.

BASE 54.^a Apartamiento y preterición intencional

Los sucesores forzosos preferentes no favorecidos por el disponente deberán ser apartados, individual o colectivamente, en el pacto o testamento o en el acto de ejecución de la fiducia. No obstante, la preterición intencional de un sucesor forzoso inmediato equivaldrá a su apartamiento. En caso de duda, la preterición, cuando acaezca, se entenderá intencional.

El apartamiento de un descendiente que sea sucesor forzoso preferente comportará, salvo previsión distinta del disponente, el de toda su estirpe, aunque aquél premuera a éste.

Si el disponente hubiese expresado el motivo en el que se funda el apartamiento y éste resultara ser erróneo, se producirán en favor del legitimario inmediato apartado las consecuencias de la preterición no intencional, a no ser que del título sucesorio resulte que el disponente habría realizado el apartamiento aunque hubiese conocido la falsedad del motivo.

Concordancias: arts. 54 y 135 LDCF; arts. 190 y 199 LSAr.; art. 48 AAVD.

Observaciones: El apartamiento de los sucesores forzosos no favorecidos en la distribución de los bienes que integran la legítima constituye una garantía de que la voluntad del causante se ha formado con plena consciencia acerca de la existencia de todos sus descendientes o ascendientes o, dicho con mayor exactitud, de aquellos que lo sean con carácter inmediato. Mas no parece pertinente obligarle a separar nominalmente a cada pariente no favorecido –de forma que ha de poder realizar la exclusión en modo conjunto-, ni, por supuesto, imponerle la absurda carga de utilizar fórmulas rituales o solemnes. Incluso la preterición de propósito de cualquiera de los sucesores forzosos inmediatos ha de servir como apartamiento, ya que ésta solución es plenamente coherente con la naturaleza global de la legítima que se propone: en efecto, en un sistema de este tipo la

atención se concentra, no tanto en cada legitimario individualmente considerado, sino, sobre todo, en el respeto por el disponente a los límites que se le imponen respecto del grupo de sucesores forzosos; es decir, una vez satisfecha la legítima colectiva y repartida entre quienes desee, gravarle, además, con el deber de mencionar en el acto de ordenación sucesoria al legitimario que quiera separar se aparece como un rito inútil, vacío de contenido y significado. Antes bien, en un sistema sucesorio de esta clase, en el que existe absoluta libertad de exclusión, resulta lógico que la preterición deliberada no produzca ningún efecto y que, por contra, sólo se tengan en cuenta aquellas omisiones que se produzcan por causas ajenas a la voluntad del disponente, de suerte que la preterición ostente como única “función propia” evitar que un sucesor forzoso “quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante”. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en Aragón, territorio en el que la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (a cuya Exposición de Motivos pertenecen las frases entrecomilladas) establece, asimismo, un sistema de legítima global. Pues bien, su artículo 192 prescribe que ningún derecho o acción específicos nacen para el preterido intencionalmente, “salvo el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma”.

BASE 55.^a Consecuencias del apartamiento y de la preterición intencional

El apartamiento o, en su caso, la preterición intencional no privarán al sucesor forzoso preferente de su condición de tal. Tampoco le privarán de los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión legal de su causante, salvo voluntad en contrario del disponente.

Si el disponente hubiese apartado a todos los sucesores forzosos preferentes o hubiesen sido totalmente preteridos por él de propósito, y tampoco hubiese realizado cualesquiera atribuciones patrimoniales en favor de los sucesores mediatos, aquéllos podrán reclamar la legítima global instando la reducción de las disposiciones que la lesionen.

Concordancias: arts. 191 y 197 LSAr.

Observaciones: El apartamiento no comporta sanción civil alguna para el sucesor forzoso excluido –aún menos la preterición intencional–: la libertad distributiva o posibilidad de “apartar” se concede al causante únicamente en tanto que instrumento hábil para propiciar un reparto *post mortem* de su patrimonio acorde con sus intereses y los de su entorno familiar, pero no para convertir en extraño al separado. Sólo la desheredación comporta la salida del afectado del círculo de sucesores forzosos y la irremisible pérdida de su calidad de tal. También pierde el desheredado todo derecho a la sucesión intestada, pues quien ha sido válidamente excluido de la sucesión forzosa, tanto más ha de entenderse privado de la porción que la ley sólo atribuye con carácter meramente subsidiario y de la que el disponente puede excluir sin necesidad de razón justificativa alguna. Sin embargo, por lo antes dicho, no ocurre lo mismo, a menos que el causante disponga lo contrario, respecto del apartado: así, por ejemplo, podrá concurrir a la sucesión legal cuando todos los sucesores forzosos beneficiados testamentariamente fallen. Además, la desheredación justa priva también del derecho de alimentos al que se

aludirá después, el cual está especialmente pensado para subvenir a las situaciones de necesidad en que pudieran caer los apartados.

BASE 56.^a Consecuencias de la preterición no intencional

El sucesor forzoso preferente que haya sido preterido no intencionalmente tendrá derecho, salvo previsión distinta del disponente, a reclamar una porción de cuantía igual a la del legitimario que haya resultado menos favorecido por aquél, incluidas las atribuciones entre vivos. Esa porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes sucesores forzosos, si bien éstos podrán pagar al preterido su parte en metálico.

No obstante, los descendientes que sean sucesores forzosos preferentes en representación de un descendiente premuerto al causante y favorecido en el título sucesorio, podrán reclamar para sí, cuando hubiesen sido omitidos no intencionalmente, las atribuciones patrimoniales hechas en favor del representado.

Si todos o el único sucesor forzoso preferente hubiesen sido preteridos no intencionalmente y el disponente no hubiese realizado cualesquiera atribuciones patrimoniales en favor de los sucesores mediatos, aquéllos podrán reclamar la legítima global instando la reducción de las disposiciones que la lesionen. Como excepción, si los preteridos erróneamente fuesen descendientes, podrán solicitar, siempre que el causante no haya instituido como heredero único al cónyuge, que se declare la ineficacia de todas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial y la subsiguiente apertura de la sucesión legal.

Concordancias: arts. 54 y 137 LDCF; art. 814 CC; art. 193 LSAr.; art. 451-16 CCCat.; art. 259 LDCG; art. 51 AAVD

Observaciones: Las soluciones apuntadas concuerdan básicamente con las del Derecho vizcaíno vigente, si bien se propone la expresa regulación de una hipótesis no prevista en él: la preterición errónea de todos los sucesores forzosos preferentes sin que haya otros mediatos favorecidos por el disponente, pues si benefició a estos últimos (siquiera sólo mediante liberalidades entre vivos), la omisión absoluta e inconsciente de aquéllos se resuelve acudiendo a la regla sentada en el primer párrafo.

La apertura de la sucesión legal en caso de preterición inintencional de todos los descendientes condice, acaso, con la presumible voluntad del *de cuius*, salva siempre la institución universal eventualmente realizada en favor del viudo.

La regla expresada en el párrafo segundo de la presente base es reformulación de la contenida en el último inciso del párrafo tercero del artículo 54 LDCF. Su finalidad es sentar un criterio de regulación para los supuestos de preterición inintencional de los descendientes que sean sucesores forzosos preferentes en representación de otro descendiente inmediato premuerto que, sin embargo, hubiese sido favorecido por el disponente. Más concretamente, deberán considerarse erróneamente omitidos siempre que el causante no los hubiese tenido en consideración al distribuir su as hereditario, sin especificar su inclusión mediante disposición específicamente establecida en su favor o, en sentido

contrario, su exclusión definitiva de la sucesión. En esta dirección, no parece que pueda eliminarse la naturaleza involuntaria de la omisión si su separación la quiso el *de cuius* habida cuenta de lo dejado a su ascendiente inmediato, precisamente porque éste falló, o si, al otorgar testamento, desconocía su existencia. En cambio, si los designó sustitutos vulgares del descendiente intermedio, o si les dejó cualesquiera bienes o porción de la herencia, no podría hablarse, en puridad, de inintencionada exclusión, con lo que la regla no sería de aplicación. Tampoco habrá preterición no intencional si la sustitución la estableció el causante en favor de extraño y al hacerlo así tenía presente a la estirpe del instituido o legatario, pues habría aquí una implícita voluntad de provocar su apartamiento; por contra, si en este mismo caso no conocía su concurrencia, habrá preterición errónea.

BASE 57.^a Desheredación

Se establecerán unas específicas causas legales de desheredación para cada grupo de sucesores forzosos.

La desheredación, siempre que se funde en una causa legal, cierta y expresada en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia, privará al desheredado de la condición de sucesor forzoso y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título. Además, cuando afecte a todos o al único descendiente del causante, producirá la extinción de la legítima, sin que por este hecho pasen a ser sucesores forzosos los ascendientes. La reconciliación posterior entre el disponente y el desheredado o el perdón de aquél a éste, privarán al disponente del derecho de desheredar y dejarán sin efecto la desheredación ya hecha.

Si, caso de ser contradicha, no se probase la certeza de la causa legal de desheredación invocada por el disponente, el desheredado podrá reclamar una porción de cuantía igual a la del legitimario que haya resultado menos favorecido por aquél, incluidas las atribuciones entre vivos. Esa porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes sucesores forzosos, si bien éstos podrán pagar al preterido su parte en metálico. En cambio, si el desheredado injustamente fuese el único sucesor forzoso preferente, y el disponente no hubiese realizado cualesquiera atribuciones patrimoniales en favor de los sucesores mediatos, aquél podrá reclamar la legítima global instando la reducción de las disposiciones que la lesionen.

A la desheredación hecha sin expresión de causa se le aplicará el régimen establecido para el apartamiento, y producirá los efectos propios de éste. Idéntica solución se establecerá para la desheredación hecha con base en una causa que no sea alguna de las taxativamente señaladas por la ley.

Concordancias: art. 851 CC; arts. 194 y 196 LSAr.

Observaciones: Como se ha explicado antes, sólo la desheredación priva al legitimario de su condición de tal y de los derechos que eventualmente pudieran corresponderle en la sucesión legal o intestada; no así el apartamiento. Pero una sanción civil tan grave únicamente podría imponerse cumpliendo determinados requisitos y con fundamento en alguna de las causas que el legislador taxativamente previese. De ahí que, si no se satisfacen aquéllos o si se invoca una

causa no contemplada en la norma, quepa hablar de desheredación “injusta”: esta base trata de adaptar al sistema legitimario propuesto para el País Vasco el régimen que para estas hipótesis sienta el artículo 851 del Código civil, inspirándose a tal fin en la regulación aragonesa. Con todo, se ha estimado oportuno reservar al prudente criterio del legislador la determinación de las concretas conductas que pueden resultar merecedoras de esta onerosa sanción.

BASE 58.^a Renuncia a la legítima global

La renuncia a la legítima global podrá hacerse tanto antes como después de la apertura de la sucesión. No obstante, la renuncia a la legítima futura únicamente será eficaz cuando se realice mediante pacto sucesorio celebrado entre el que la debe y sus sucesores forzosos.

La renuncia a la legítima, sea anterior, sea posterior a la apertura de la sucesión, sólo propiciará su absoluta extinción cuando la efectúen todos los descendientes o, en su caso, todos los ascendientes que integren el respectivo grupo de sucesores forzosos. Los ascendientes no devendrán legitimarios por el hecho de que se haya producido la renuncia de todos los descendientes, ya antes, ya después de la apertura de la sucesión.

En tanto no tenga lugar aquella renuncia total, el valor de las atribuciones patrimoniales por causa de muerte hechas a los legitimarios que, a consecuencia de su repudiación, vayan a parar a manos de extraños en virtud de sustitución vulgar, derecho de acrecer o de cualquier otra forma, se imputarán en la porción de libre disposición y serán susceptibles de reducción como sean inoficiosas.

Concordancias: art. 816 CC; art. 177 LSAr.

Observaciones: Admitir la renuncia a la legítima antes de la apertura de la sucesión comporta, desde luego, un severo debilitamiento de la imperatividad de la figura; e incluso puede considerarse una opción que se halla en flagrante contradicción con esa característica esencial suya. Además, ha de advertirse del peligro añadido que comporta su introducción en un sistema de legítima global, pues es posible que el causante obtenga dicha renuncia de cada uno de sus sucesores forzosos coactivamente y, así, blandiendo en forma amenazadora su libertad distributiva; o sea, puede conseguirla de cada legitimario separadamente intimidándole con el anuncio de que, si no se conforma con lo que en ese instante le ofrece, le apartará definitivamente de la herencia. Sin embargo, la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima, abstracción hecha del supuesto patológico, es un instrumento que permite ensanchar la libertad de disposición por causa de muerte y, en ese sentido, debe ser acogida favorablemente.

La renuncia, anterior o posterior a la apertura de la sucesión, sólo ha de producir la extinción de la legítima global cuando la efectúen todos los sucesores forzosos, incluidos los no preferentes, lo que se explica por el hecho de que ellos también son legitimarios; es decir, ostentan su propia condición de tales, como lo demuestra el que el disponente pueda favorecerlos de modo absoluto anteponiéndolos a los sucesores forzosos preferentes. En consecuencia, la renuncia ha de perjudicar exclusivamente al renunciante y no, en su caso, a sus estirpes.

Del mismo modo, la renuncia a la institución hereditaria o al legado establecidos en favor de alguno o algunos de los sucesores forzosos no libera al disponente de sus obligaciones legitimarias para con todos, con lo que no queda en las exclusivas manos del o de los beneficiarios el decidir la extinción (o no) de la expectativa colectiva correspondiente a todo el grupo o, en otro caso, en la porción adjudicada. Así, los sucesores forzosos apartados no resultan definitivamente separados de la sucesión testamentaria o contractual y de la expectativa atinente a todo el grupo, ni los beneficiarios, de la parte repudiada por los que, siéndolo, no la quieran. Por consiguiente, el hijo único del causante, incluso habiendo sido apartado por éste, podrá reclamar contra el extraño que haya visto acrecentada su cuota sucesoria (art. 982 CC) en detrimento de la legítima global gracias a la repudiación del nieto (descendiente del dicho hijo) instituido solidariamente por el *de cuius* en la mitad del caudal junto con aquél; lo mismo acontecerá en la hipótesis inversa. Vuelve a repetirse que la expectativa colectiva ha de subsistir en tanto existan sujetos pertenecientes al grupo que sean aptos para suceder, ya que todos son legitimarios. Además, la libertad de elección se atribuye al *de cuius* en orden a una mejor administración de su patrimonio y de sus intereses, pero no para convertir en extraños a los hijos excluidos. El apartamiento, por ello, no implica privación de la condición de sucesor forzoso para el separado.

BASE 59.^a Imputación

Se imputarán en la legítima global todas las atribuciones patrimoniales, inter vivos o mortis causa, recibidas a título gratuito del causante por sus sucesores forzosos, sean preferentes o no.

También se imputarán en la legítima las liberalidades entre vivos hechas en favor del renunciante antes de la abdicación, las realizadas en favor de los premuertos y las efectuadas en beneficio de los que hayan sido desheredados con causa legal o declarados indignos de suceder, así como lo percibido por el legitimario a cambio de la renuncia cuando ésta se hubiese celebrado mediante pacto sucesorio.

Las donaciones y demás atribuciones imputables a la legítima se valorarán de acuerdo con las reglas establecidas para su cálculo.

El disponente podrá ordenar expresamente la imputación en la parte libre de una liberalidad hecha en favor de un sucesor forzoso, de forma que, de ser inoficiosa, los restantes podrán solicitar su reducción. No obstante, tratándose de atribuciones entre vivos, aquella orden no será válida como no se emita en el mismo acto de otorgamiento de la liberalidad.

Concordancias: arts. 175 y 176 LSAr.; art. 451-8 CCCat.

Observaciones: Aunque acaso no merezcan la condición de sucesores forzosos, las liberalidades entre vivos hechas en favor del renunciante, del desheredado y del indigno deben imputarse en la legítima para no menguar el margen de libertad dispositiva del causante en favor de extraños. Obsérvese, además, que ni la desheredación ni la indignidad se establecen en beneficio de los restantes sucesores forzosos o, lo que es igual, en perjuicio de los partícipes en la porción libre, sino como sanción al desheredado o indigno; y tampoco existe razón

aparente por la que los extraños hayan de soportar las consecuencias de la repudiación. Mayores dudas se plantean respecto de las donaciones recibidas por el premuerto, ya que éste no tiene siquiera existencia al abrirse la sucesión; mas sobre el argumento dogmático ha de prevalecer el que se apoya en la equidad, y éste no es otro que el recién señalado para los anteriores supuestos: ha de evitarse el imprevisto perjuicio que su imputación a la cuota libre supondría para los extraños favorecidos con cargo a ella. No es necesario decir (pero, con todo, se advierte expresamente) que en la cuota de legítima se imputan no sólo las asignaciones gratuitas realizadas en favor de los sucesores forzosos inmediatos, sino también todas las percibidas por los mediatos, dada la libertad distributiva de que goza el causante sobre los bienes que integran la sucesión forzosa. E, igualmente, parece superfluo indicar que las liberalidades *inter vivos* o *mortis causa* hechas en beneficio de quienes no sean descendientes o, en su caso, ascendientes, han de llevarse a la parte de libérrima disposición.

El causante puede ordenar la reconducción del valor de las liberalidades hechas en beneficio de los descendientes o ascendientes hacia la cuota libre. Bajo esa orden subyacerá normalmente la intención de que ésta sirva como medida de la asignación gratuita, con lo que, de no entrar en la parte a la que va destinada (por superarla por sí sola o en compañía de otras liberalidades recibidas por extraños) podría ser resuelta o reducida a solicitud de los restantes sucesores forzosos. En cualquier caso, para que pueda reputarse operante, el causante ha de cumplir como mínimo dos requisitos al dictar esta orden: el primero, hacerlo de forma expresa, explícita e inequívoca, por ser desfavorable para el legitimario; y el segundo, emitirla, tratándose de atribuciones *inter vivos*, al momento de otorgarlas, pues, de otro modo, el causante podría utilizar este mecanismo para obtener un resultado no deseado por el ordenamiento: provocar la resolución de una donación firme fuera de los cauces legalmente previstos en los artículos 644 y siguientes CC; sin embargo, nada impide que pueda revocar posteriormente la orden ya dada (no la donación misma), verbigracia, en testamento.

BASE 60.^a Intangibilidad cuantitativa

Si los beneficios percibidos por el conjunto de sucesores forzosos no alcanzan a cubrir la legítima global, aquellos que hayan sido favorecidos, sea inter vivos, sea mortis causa, por el disponente o que hayan sido preteridos no intencionalmente o desheredados con base en una causa legal incierta podrán pedir, a prorrata de sus respectivas participaciones, la reducción, en cuanto les perjudiquen, de las liberalidades hechas en favor de extraños. En otro caso, estarán legitimados para solicitar dicha reducción los sucesores forzosos preferentes.

Las liberalidades inoficiosas se reducirán por el siguiente orden: en primer lugar, las atribuciones por causa de muerte a prorrata, con independencia del título por el que se hayan asignado; en segundo lugar, las atribuciones entre vivos por orden inverso al de su antigüedad, reduciéndose las de la misma fecha proporcionalmente. No obstante, si el disponente hubiese ordenado que se pague cierto legado con preferencia a otros o que se respete en lo posible cierta institución hereditaria, no sufrirán aquél ni ésta reducción sino después de haberse aplicado por entero al pago de la legítima las restantes atribuciones por causa de muerte. En cambio, el

disponente no podrá alterar el orden de prelación previsto para las atribuciones entre vivos ni disponer que sean reducidas antes que las hechas mortis causa.

La reducción se efectuará in natura con las siguientes salvedades:

1.ª Si la reclamación se dirige contra el cónyuge viudo, éste podrá pagar el exceso inoficioso en metálico.

2.ª Si quien sufre la reducción ha recibido del causante varios bienes, podrá determinar cuál de ellos se entrega al reclamante.

3.ª Si la atribución sujeta a reducción tiene por objeto una cosa que no admita cómoda división, quedará ésta para el beneficiario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los sucesores forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

Concordancias: arts. 656, 820 y 821 CC; arts. 179 a 181 LSAr.

Observaciones: Habida cuenta de la naturaleza global que compete a la expectativa de los sucesores forzosos, parecería lógico concluir que la legitimación para ejercitar la acción de reducción de disposiciones inoficiosas debe corresponder a cualquiera de ellos, o, mejor, a quienes ostenten un inmediato derecho sobre la legítima. Sin embargo, este planteamiento provocaría en numerosas ocasiones una excesiva fragmentación del patrimonio impropia de un sistema que, en sentido inverso, permite y tiende naturalmente hacia su concentración en pocas (o incluso únicas) manos. Por eso se ha juzgado más apropiado que el valor obtenido mediante el ejercicio de esta acción se reparta en proporción a lo recibido por cada uno de los sucesores forzosos sobre el *quantum* reservado, de suerte que los absolutamente separados de él por el *de cuius* queden por completo excluidos. Ahora bien, si se conviene en que ésta es la solución más congruente con el esquema legitimario propuesto, igualmente ha de reconocerse que los sucesores forzosos privados de toda participación carecen de legitimación para intentar la reducción, pues si, aun mediante ella, no pueden percibir nada, evidentemente decae la posibilidad de apreciar respecto de los mismos la concurrencia de interés alguno en orden al ejercicio de las acciones de minoración de las liberalidades lesivas. Por tanto, sólo los sucesores forzosos que sean, a un tiempo, donatarios (aun habiendo sido apartados, pues aquí no ha de tomarse en consideración la voluntad del causante), legatarios o herederos gozarán de legitimación para reclamar la reducción, repartiéndose el producto a rescindir (esto es, la diferencia entre lo que les fue atribuido y la mitad –o el tercio- del caudal computable) a prorrata de lo legal o voluntariamente percibido del causante, y esto con independencia de su carácter “mediato” o “inmediato”; todavía, entre ellos, cabe incluir al erróneamente preterido y al desheredado con base en una causa legal que se haya demostrado incierta. En cambio, si hubiesen sido excluidos todos (mediante global –e injusta- desheredación u omisión –ya intencional, ya errónea- y sin atribución de cualesquiera liberalidades entre vivos), la posibilidad de impugnar las disposiciones inoficiosas se concentra en los de primer grado, en atención, precisamente, a su inmediato derecho sobre la legítima.

En cuanto al orden en que ha de practicarse la reducción, se establece, de forma consecuente con el natural carácter irrevocable de las liberalidades *inter vivos*, que, antes que las donaciones o las atribuciones hechas en pacto sucesorio con transmisión de presente, han de reducirse, al objeto de sanar la lesión sufrida por el *quantum* reservado, las disposiciones de última voluntad otorgadas en favor de extraños.

En fin, el que la legítima global, como se indicará más abajo, deba pagarse en bienes de la herencia supone que la reducción de las disposiciones inoficiosas, incluidas las *inter vivos*, ha de efectuarse *in natura*. Por tanto, si los reclamantes fuesen parientes en línea recta, la reducción conllevará la resolución de la titularidad del objeto en beneficio de los sucesores forzosos, efecto, este último, que podría propiciar una incómoda situación de comunidad si la minoración tuviese un alcance meramente parcial y la cosa no fuese divisible o desmereciese mucho con su división. Precisamente, a fin de soslayar este inconveniente se establece una salvedad a la regla general, salvedad que se acompaña de otras dos que, acogidas por el legislador aragonés, han parecido igualmente acertadas.

BASE 61.^a Intangibilidad cualitativa

Si aún no se hallase satisfecha al instante de la apertura de la sucesión, la legítima global, o la porción de ella que reste por atribuir, deberá pagarse en bienes relictos.

El disponente no podrá imponer sobre la legítima global gravamen de ninguna especie. A estos efectos, se entenderá por gravamen toda carga, sustitución, condición, término, modo, prohibición o limitación que disminuya el valor de los bienes adjudicados o restrinja o merme el pleno disfrute o disponibilidad de lo asignado.

Quedarán exceptuados de aquella prohibición:

1.º Los gravámenes dispuestos en favor de otros sucesores forzosos

2.º Los gravámenes establecidos mediante cautela por la que el disponente conceda al sucesor forzoso la facultad de optar, bien por su derecho legitimario exento de toda carga, bien por una cuota más amplia que sólo percibirá en caso de que consienta aquéllos. Si la cautela se dirigiera simultáneamente a varios sucesores forzosos, la opción no podrá comportar, para el caso de que cualquiera de ellos rechace el gravamen, la pérdida de los bienes relictos atribuidos con cargo a la legítima global y sí sólo de los asignados con cargo a la parte libre.

3.º El legado de usufructo universal del caudal dispuesto en favor del cónyuge viudo.

4.º Los gravámenes previstos por la Ley.

Concordancias: arts. 60 y 61 LDCF; art. 813 CC; arts. 182, 183 y 186 LSAr.; arts. 56 y 57 AAVD.

Observaciones: De acuerdo con los sistemas legitimarios hoy vigentes en el País Vasco (así, Código civil y Fuero de Bizkaia), se confiere a la expectativa forzosa aquí propuesta la naturaleza de una *pars bonorum*, lo que condice, de otra parte, con su

carácter global y sus dimensiones relativamente amplias. Piénsese, en efecto, que la articulación de la legítima al modo de un simple derecho de crédito (o *pars valoris*) liquidable en metálico sólo adquiere pleno sentido cuando se asigna a cada sucesor forzoso una porción individual intangible no muy grande, pues, en tales casos, su conversión en numerario permite que aquélla no se convierta en un obstáculo insalvable en orden a la transmisión indivisa del patrimonio familiar (singularmente, de la empresa) sin gravar, a la vez y en exceso, al sujeto designado como sucesor a título universal.

En cuanto a la regla de interdicción de gravámenes, obviamente tiene por objeto evitar que la legítima global resulte indirectamente frustrada, como ocurriría si se permitiera al disponente establecer sobre los bienes relictos adjudicados a los sucesores forzosos cualesquiera cargas (por ejemplo, un usufructo) en favor de extraños. Esta norma general, sin embargo, enseguida se matiza en atención a la libertad distributiva de que goza el *de cuius* sobre la legítima global, ya que, si puede repartir ésta a su prudente arbitrio, ha de considerarse perfectamente admisible que la adjudicación la realice bajo gravamen o sustitución establecido en beneficio de los no agraciados directamente, sean mediatos o inmediatos. Pero, además, son también válidos, como no podía ser de otro modo, los gravámenes contemplados por la Ley y los que comportan las denominadas “cauteladas socinianas” o “cauteladas de opción compensatoria”, por las que el causante concede a los sucesores forzosos la posibilidad de optar entre su derecho necesario exento de toda carga o un mayor *quantum* o más bienes de los que legalmente les corresponderían a cambio de consentir un gravamen sobre la cuota de legítima, ya que, cumplidos por el *de cuius* sus deberes sucesorios por mor de aquel primer término de la alternativa, ningún reproche jurídico cabe dirigir a su disposición. Ahora bien, ésta sólo puede reputarse por completo válida si hace entrar en juego únicamente la porción libre, pues, de otro modo, la opción supondría una clara coacción a los sucesores forzosos, en torticero ejercicio de la facultad distributiva concedida, como si, verbigracia, habiéndose instituido a los hijos en el entero caudal, la no asunción del gravamen dispuesto sobre todo él supusiese no sólo la pérdida de lo dejado con cargo a la parte libre, sino de la porción legitimaria que se había atribuido al reclamante, quedando éste “apartado” y sólo los demás efectivamente favorecidos por el total. En estas hipótesis, la libertad de distribución se estaría utilizando de forma desviada, al objeto de conseguir que todos los sucesores forzosos consientan un desplazamiento de la legítima hacia una persona extraña, desplazamiento que, individualmente, ninguno está en situación de evitar, porque se hace a costa de una expectativa desplazable, a la que no tiene derecho individual y sí únicamente colectivo.

En fin, también se establece como excepción a la regla de intangibilidad cualitativa de la legítima el legado de usufructo universal estipulado en favor del viudo, atribución muy frecuente en los actos de última voluntad otorgados por personas casadas y que, sin embargo, ha tenido que sortear siempre (a salvo el caso de Bizkaia) el obstáculo que representa aquel principio general mediante el recurso a las cauteladas de opción compensatoria.

BASE 62.^a Alimentos

Los descendientes y ascendientes que ostenten la condición de legitimarios preferentes y que, como consecuencia de la distribución del caudal relicto, queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamárselos, a falta de persona obligada a prestarlos conforme a la legislación civil general, a los sucesores del causante en proporción a cuanto hayan recibido de él.

El cumplimiento de esta obligación será exigible incluso a quienes hayan recibido donaciones o cualesquiera otras atribuciones gratuitas entre vivos, si al fallecimiento del atribuyente se constatase aquella situación de necesidad.

Si, por haberse legado a un tercero el usufructo universal o parcial de la herencia, los sucesores ostentasen únicamente la nuda propiedad del caudal, la demanda de alimentos deberá dirigirse contra el usufructuario, que será alimentante en las mismas condiciones dispuestas para aquéllos.

El causante podrá privar de este derecho de alimentos al sucesor forzoso que incurra en causa legal de desheredación.

Aquellos descendientes o ascendientes que ostenten la condición de sucesores forzosos preferentes y que, siendo personas con discapacidad, no hayan recibido del disponente bienes suficientes para cubrir sus necesidades especiales podrán reclamar a los sujetos señalados en los apartados precedentes una pensión alimenticia de extensión bastante para satisfacerlas.

Concordancias: arts. 66 y 158 LDCF; art. 200 LSAr.

Observaciones: Esta base, como es habitual en los sistemas de legítima libremente distribuible por el causante (así, Bizkaia y Aragón), contempla un derecho de alimentos de naturaleza necesaria en favor de aquellos sucesores forzosos inmediatos que queden en situación legal de pedirlos como consecuencia del reparto de la herencia. Lo que viene a significar que es obligación previa del *de cuius* (si bien que subsidiaria respecto de la correspondiente al grupo parental delimitado en el artículo 143 CC) la de subvenir a las necesidades de sus legitimarios, de modo que la materialización de su potestad distributiva y de su libertad de disposición en favor de extraños no podría conllevar, por ejemplo, el desamparo de cualesquiera de sus hijos. Es, así, un derecho eventual, pero, como se ha dicho, de carácter necesario: no podrá ser denegado por el causante, salvo en caso de que concurriese una justa causa de desheredación. La cuantía de los alimentos se determinará en proporción a todo lo que los sucesores hayan obtenido del disponente, siendo exigible el cumplimiento de tal obligación a propios y a extraños e incluso a quienes hubiesen recibido donaciones u otras liberalidades entre vivos si al fallecimiento del donante se constatare la situación de necesidad. Mas resultaría de todo punto injusto imponérsela a quien sea mero nudo propietario por hallarse el caudal gravado con un usufructo: corresponde, en tal caso, desplazar la carga del cumplimiento de esta obligación hacia quien hace suyos los frutos de la herencia.

Además, la base contempla un eventual derecho de alimentos singularmente reforzado para los descendientes o ascendientes que sean personas con discapacidad, derecho cuya existencia no depende de la concurrencia de una efectiva situación de inopia en estos sujetos, sino del simple hecho de no haber percibido bienes por un importe bastante como para colmar las necesidades que sus singulares circunstancias pudieran requerir. La referencia a las personas con discapacidad debe entenderse hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

BASE 63.^a Legítima viudal

Las atribuciones gratuitas, inter vivos o mortis causa, que el causante haya realizado voluntariamente en favor del cónyuge viudo se entenderán hechas, cualquiera que sea su objeto, en pago de su cuota legal usufructuaria y se imputarán a ella.

Salvo que el causante establezca otra cosa, el usufructo viudal se detraerá en último lugar de aquella porción del caudal o de aquellos concretos bienes relictos que hayan sido objeto de disposiciones imputables a la parte de libre disposición.

Los sujetos gravados, siempre que obren de consuno, podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. Sin embargo, no procederá el ejercicio de esta facultad de conmutación cuando el causante haya legado al supérstite el usufructo universal del caudal.

Concordancias: art. 58 LDCF; arts. 834 a 840 CC; art. 53 AAVD.

Observaciones: El hecho de que la legítima viudal, consistente en un usufructo de extensión determinada y variable, ostente, desde esta perspectiva, una naturaleza diversa al *quantum* reservado en favor de los parientes en línea recta, no impide entender que, como éste, no es sino un sencillo metro de las percepciones que, mínimamente, ha de recibir el cónyuge supérstite del patrimonio de su difunto consorte. Por tal razón, debe concluirse que también respecto de su cuota usufructuaria procede realizar la operación denominada “imputación”, es decir, que todas las liberalidades gratuitas obtenidas del *de cuius, inter vivos* o *mortis causa*, han de reconducirse contablemente a dicha cuota (una vez capitalizada) para comprobar si se halla o no satisfecho en sus derechos legitimarios mínimos.

El orden de detracción previsto en el segundo párrafo de la base no tiene otro fin que el de respetar de modo absoluto la libertad del *de cuius* para disponer a su arbitrio de aquella porción del caudal que no sea legítima de los descendientes o ascendientes. Es decir, persigue dejar intacta la parte libre, de modo que pueda ser destinada en plena propiedad por el causante.

Por último, mediante la conmutación del usufructo viudal se evitan los inconvenientes que éste plantea a la hora de la partición hereditaria, los peligros que entraña el gravamen del bien cuando la explotación es abusiva, las desventajas de la desmembración del dominio, etc.

BASE 64.^a Prescripción de acciones

Las acciones contempladas en las bases anteriores caducarán en un plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde el instante en que se produzca la extinción o el agotamiento de la fiducia y tendrán un alcance puramente rescisorio.

Concordancias: art. 178 LSAr.; arts. 451-16, 451-20 y 451-24 CCCat.

Observaciones: Un elemental prurito de seguridad jurídica exige el explícito establecimiento de un plazo para el ejercicio de las acciones de protección de la legítima, esto es, tanto de las de reducción de disposiciones inoficiosas, como de las derivadas de preterición no intencional o de desheredación hecha con base en causa legal incierta. Esa misma idea sugiere también la inclusión de una referencia expresa a su naturaleza y alcance, sobre todo en la medida en que la consistencia de la legítima propuesta (*pars bonorum*) podría suscitar algunas dudas en este respecto. Se ha optado, así, por asignarles un alcance meramente rescisorio, de suerte que, si bien los sucesores forzosos gozan de un derecho sobre el mismo caudal, no será posible sostener la existencia de una especial afección de los bienes hereditarios al pago del *quantum* reservado como término complementario de aquél. Estas acciones contarán, por tanto, con una reipersecutoriedad muy limitada, y no podrán incluirse en ellas a sujetos distintos de los favorecidos con los bienes relictos o donados cuando los mismos “*se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*” (art. 1.295.2.º CC), salvo, acaso, si las recibieron por título gratuito. Cabría apreciar mala fe en el tercero cuando conociera la reclamación de los sucesores forzosos (o la efectividad de la lesión) o supiera que la enajenación se realizó para burlar sus derechos, mas no por el simple hecho de que fuese consciente de su posible, eventual o hipotético ejercicio.

Capítulo II – De la sucesión forzosa en la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramaio

BASE 65.^a Subsistencia del régimen contenido en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco

Tanto el régimen de sucesión forzosa establecido en el Capítulo II, Título III del Libro I de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, como las normas que, sobre el principio de troncalidad, se contienen en el Título II de aquel mismo Libro, conservarán su vigencia dentro del ámbito territorial delimitado por los artículos 5 a 7 del Título I, Libro I, y el artículo 146.1 del Título II, Libro II, a salvo las siguiente modificaciones:

1.^a Se derogarán expresamente los artículos 25, 64 y 65, así como las disposiciones contenidas en el párrafo quinto del artículo 58 y las recogidas en el párrafo tercero del primer apartado del artículo 62. Se suprimirá igualmente la remisión contemplada en el artículo 61.

2.^a A efectos de la troncalidad, tendrá la consideración de bien raíz únicamente la propiedad que recaiga sobre un caserío sito en el Infanzonado vizcaíno o en los

municipios alaveses de Llodio y Aramaio. En consecuencia, se dará al artículo 19 la siguiente redacción: “1. A efectos de la troncalidad, tiene la consideración de bien raíz únicamente la propiedad que recaiga sobre el caserío. Se entiende por caserío el conjunto formado por la casa destinada a vivienda y cualesquiera otras edificaciones, dependencias y terrenos anejos a aquélla, así como el mobiliario, semovientes y máquinas afectos a su explotación si fuere objeto de ésta. 2. No están sujetos al principio de troncalidad los inmuebles anejos al caserío ni los muebles destinados o unidos a él cuando se transmitan con independencia.”

3.ª La cuota de legítima establecida en favor de los hijos y demás descendientes y, a falta de éstos, de los padres y demás ascendientes, se adecuará a la prevista con carácter general para la Comunidad Autónoma Vasca. Por tanto, se modificarán los artículos 55 y 56, que pasarán a tener, respectivamente, el siguiente texto:

- ◆ *Artículo 55: “La legítima de los descendientes se halla constituida por la mitad de todos los bienes del testador, salvo cuando exista uno solo, en cuyo caso será de una cuarta parte.*

La porción restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirla.”

- ◆ *Artículo 56: “La legítima de los ascendientes se halla constituida por la tercera parte de todos los bienes del testador, salvo cuando exista uno solo, en cuyo caso será de una cuarta parte. Los demás bienes serán de libre disposición, siempre que no sean troncales.”*

Concordancias: arts. 61 a 87 AAVD.

Observaciones: El vigente Fuero Civil de Bizkaia impone dos tipos de restricciones a la libertad de disposición *mortis causa* del *de cuius*: una primera de tipo legitimario, por la que aquél está obligado a asignar una amplia porción de su patrimonio a sus descendientes y, en defecto de ellos, a sus ascendientes; y una segunda de naturaleza troncal, en virtud de la cual el causante infanzón ha de dejar necesariamente los bienes de esa índole a sus parientes tronqueros (art. 24 LDCF), que pueden serlo, incluso, los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad. La presente base postula la preservación de los elementos fundamentales de este sistema en consideración a su carácter secular, sistema cuyas líneas esenciales, definidas ya en el Fuero Viejo de 1452 y en el Fuero Nuevo de 1526, han persistido hasta la actualidad. Sin embargo, trata a un tiempo de redimensionarlo y reconducirlo al ámbito en el que nació: el caserío vizcaíno.

Conviene advertir, en efecto, que la amplia legítima dispuesta en favor de los descendientes y ascendientes y, sobre todo, la regla de vinculación de los inmuebles troncales en favor de la familia de su titular surgieron en este Territorio Histórico en atención a unos parámetros económicos y sociales muy singulares. Más concretamente, nacieron en un período en el que su economía se resumía en el desarrollo de una actividad agrícola y ganadera (a través del aprovechamiento de montes y bosques) y, en menor medida, artesanal. Se trataba, por tanto, de una economía de simple autoabastecimiento que conllevaba una robusta estructura familiar, ya que era el círculo parental el que se constituía en empresa. Tal

identificación práctica entre empresa y familia favoreció, a su vez, la identidad jurídica entre bienes y familia de sangre: quien adquiría, a título gratuito u oneroso, inmuebles provenientes de ciertos parientes adquiría, con ellos, un valor obtenido y, quizás, incrementado a través de esfuerzos comunes. El tránsito de dichos bienes a manos extrañas al grupo parental implicaba, pues, el traslado de una riqueza y unas plusvalías forjadas por los miembros del linaje al que pertenecía su dueño. Los efectos reflejos que, para la familia, tenía cualquier cambio de titularidad de la tierra y la necesidad de mantener y preservar los recursos vitales dentro de ella exigían la articulación de los oportunos instrumentos jurídicos, los cuales obedecían, básicamente, a la siguiente premisa: se otorgaba a los parientes del titular de los inmuebles una posición privilegiada y preferente ante cualquier traslación dominical de tales bienes, al tiempo que se modulaba el alcance y extensión del poder del dueño. Así surgió la troncalidad y, como complemento de ella, una legítima extraordinariamente amplia (cuatro quintos del caudal).

No hará falta decir que un modelo económico como el descrito no existe en la actualidad. Hace ya mucho tiempo que la subsistencia del grupo doméstico no depende de la tierra, con lo que la propiedad de ésta no condiciona la forma de articulación de aquél. Sin embargo, la Ley de 1992 no sólo conservó en toda su extensión el espectro subjetivo de parientes beneficiados por el principio de troncalidad tal y como venía delimitado en los antiguos Fueros, sino que ni siquiera procedió a una discriminación de los inmuebles en función de su destino o naturaleza a la hora de someterlos a sus restricciones. Sucede así que inmuebles por completo ajenos al fin último que condicionó el nacimiento y formación del principio de troncalidad –como, por ejemplo, los de índole industrial o urbana- se encuentran hoy paradójicamente sometidos a él. Esto es, el régimen estrenado en 1992 se desentendió del esencial significado histórico de la troncalidad y de las –con éste- coherentes voces que, ante la perspectiva de una actualización del Derecho vizcaíno, solicitaban, ya por entonces y con idénticos argumentos, una reconducción de la troncalidad al caserío. Que este diagnóstico sea acertado lo demuestra, por lo demás, la propia Ley vigente cuando excluye expresamente del ámbito de aplicación del derecho familiar de preferente adquisición previsto en favor de los parientes tronqueros (una de las cruciales manifestaciones de la troncalidad) a *las fincas radicantes en suelo urbano* (art. 114), pues, de este modo, viene a reconocer lo impropio de mantener la vigencia del instituto de la saca foral respecto de ellas. Pero, entonces, ¿por qué no excluirlas también del resto de sujeciones que la troncalidad conlleva? O, lo que es igual, ¿por qué no circunscribir esta última, con todas sus variantes, a las fincas ubicadas en suelo rústico y, dentro de ellas, exclusivamente al caserío?

Esta base pretende propiciar un redireccionamiento y un redimensionamiento del sistema vizcaíno de sucesión forzosa y, en particular, de la troncalidad, acorde con el anterior análisis. De ahí que altere el ámbito objetivo del principio troncal a fin de limitarlo a los caseríos. Sin embargo, es obligado reconocer que, de esta forma, sólo se da un tardío inicio a una tarea que, en realidad, debió haberse acometido mucho tiempo atrás, a saber, la de definir qué misión, qué necesidades específicas, podría satisfacer en los tiempos actuales el secular principio vizcaíno de la troncalidad. Pero, hasta tanto no se despeje semejante incógnita, éste debe devolverse a su hábitat natural.

De otra parte, se ha sopesado cuidadosamente la conveniencia de proceder a una reducción de la amplísima legítima vizcaína establecida en favor de los hijos y demás descendientes y de los padres y demás ascendientes, adecuando su cuantía a la prevista con carácter general para la Comunidad Autónoma Vasca. Pues se trata de una decisión sumamente delicada a la vista de la vigencia del régimen económico matrimonial de comunicación foral, régimen en virtud del cual se hacen comunes entre los cónyuges todos los bienes de los que sean titulares si, disolviéndose el vínculo por el fallecimiento de cualquiera de ellos, existe descendencia común del dicho matrimonio. Obsérvese, en efecto, que la extensa legítima que el Derecho vizcaíno estipula en favor de los descendientes y el principio de troncalidad garantizan en todo momento que el viudo dejará a los hijos la mayor parte de los bienes que recibió mediante la comunicación, incluidos los que el premuerto obtuvo a título gratuito de sus parientes (como los heredados del padre, de la madre, etc.). De suerte que, si se ampliara la libertad de testar, debería reducirse lógica y simultáneamente la comunidad conyugal, pues, de otro modo, se estaría facilitando legal y mecánicamente, sin sentido alguno, el trasvase de la riqueza proveniente de una determinada familia a otra distinta. Ahora bien, como el objetivo de las presentes bases se constriñe al ámbito sucesorio, se ha optado por una vía intermedia, consistente en ampliar el supuesto de hecho de la reserva regulada en el párrafo segundo del artículo 86 LDCF (véase base 75.^a): el cónyuge viudo que, al disolverse la comunicación foral, reciba bienes cuyo valor sea mayor que la suma de los bienes de su procedencia y la mitad de los ganados, estará obligado en todo caso (y no sólo, como ocurría hasta ahora, cuando contraiga nuevo matrimonio o tenga un hijo que no lo sea del premuerto) a reservar el exceso a favor de los hijos y descendientes del matrimonio disuelto. De modo que, además de la correspondiente legítima, deberá asignarles bienes por tal importe. En ausencia de prole, tendrán la consideración de reservatarios los parientes del cónyuge premuerto llamados a su sucesión legal en el momento en que su óbito se produjo.

Capítulo III – De la libertad de disposición en Ayala

BASE 66.^a Subsistencia de la libertad dispositiva contenida en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco

El régimen de plena libertad de disposición establecido en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I del Libro II de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, conservará su vigencia dentro del ámbito territorial delimitado por el artículo 131 del propio Título I, Libro II, a salvo las siguientes modificaciones:

1.^a Se suprimirá en el apartado primero del artículo 134 la expresión “con poco o con mucho”, quedando la siguiente redacción: “1. Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por actos inter vivos o por los cauces previstos con carácter general para la Comunidad Autónoma Vasca, a título universal o particular, apartando a sus sucesores forzosos como quisieren o por bien tuvieren.”

2.^a Se modificará el apartado segundo del artículo 134, de manera que tenga el siguiente texto: “2. A los solos efectos del apartamiento y para las consecuencias de su falta, tendrán la consideración de sucesores forzosos los descendientes,

ascendientes y el cónyuge del causante, en los casos determinados con carácter general para la Comunidad Autónoma Vasca.”

3.ª La expresión “herederos forzosos” contenida en el apartado tercero del artículo 135 se sustituirá por la de “sucesores forzosos”.

4.ª Se dará al artículo 137 un nuevo contenido y redacción: “El sucesor forzoso preferente que haya sido preterido no intencionalmente tendrá derecho, salvo previsión distinta del causante, a reclamar una porción de cuantía igual a la del legitimario que haya resultado menos favorecido por aquél, incluidas las atribuciones entre vivos. Esa porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes sucesores forzosos, si bien éstos podrán pagar al preterido su parte en metálico.

No obstante, si existiese algún legitimario apartado de la sucesión, el preterido no intencionalmente quedará también excluido.”

5.ª Se dará al artículo 138 un nuevo contenido y redacción: “Si todos o el único sucesor forzoso preferente hubiesen sido preteridos no intencionalmente y el disponente no hubiese realizado cualesquiera atribuciones patrimoniales en favor de los sucesores mediatos, aquéllos podrán reclamar su legítima instando la reducción de las disposiciones que la lesionen.”

Concordancias: arts. 88 a 90 AAVD.

Observaciones: La presente base se propone incorporar a la regulación actual del Fuero de Ayala los retoques exigidos por una ineludible comunicación de este régimen singular con el estatuto propuesto para la Comunidad Autónoma. De ahí que se sustituya la remisión al Código civil por la correspondiente al ordenamiento vasco, así a efectos de concreción de quienes merezcan la consideración de ‘sucesores forzosos’ como para dosificar las consecuencias de su preterición errónea. Precisamente a este segundo aspecto es al que atiende la nueva redacción propuesta para los artículos 137 y 138 cuyo tenor actual es ejemplo de la imposibilidad de compaginar el régimen de tercios legitimarios con un sistema de plena libertad dispositiva como el ayalés.

BASE 67.ª Subsistencia del usufructo poderoso contemplado en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco

La institución del usufructo poderoso o fiducia sucesoria contemplada en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título I del Libro II de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, conservará su vigencia dentro del ámbito territorial delimitado por el artículo 131 del propio Título I, Libro II, a salvo las siguientes modificaciones:

1.ª Se insertará en el artículo 140 un primer inciso, que constituirá su primer apartado, con este tenor: “1. El que ostente vecindad civil ayalesa podrá, desde que se hallare emancipado, ordenar su sucesión designando uno o varios comisarios, atribuyéndoles, o no, el usufructo poderoso de los bienes concernidos por el encargo.”

2.^a *El contenido actual del artículo 140 se mantendrá como su apartado segundo, con la siguiente redacción: “2. Cuando se hubiere atribuido dicho usufructo, corresponderá al designado o designados, además del uso y disfrute de los bienes, la facultad de disponer a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o algunos de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo.”*

3.^a *Se derogará y dará nueva redacción al artículo 143, con el objeto de que disponga el margen que, como comisario, le corresponde en la concreción del apartamiento: “El usufructuario poderoso podrá en el ejercicio de la fiducia que se le hubiere encomendado concretar el apartamiento de alguno o algunos de los legitimarios no apartados por el causante.”*

4.^a *A salvo lo dispuesto expresamente y lo que fuere incompatible con la plena libertad dispositiva del comitente-constituyente, la institución, ejecución y extinción de la fiducia ayalesa se atenderá al régimen general establecido en estas bases para la fiducia sucesoria u ordenación por comisario.*

Concordancias: arts. 91 a 95 AAVD.

Observaciones: Como es sabido, la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, se limita a dibujar los trazos más gruesos del usufructo poderoso como institución vertebral para la plenitud de la libertad dispositiva que garantiza el Fuero de Ayala, sin que el tenor del su artículo 140 pretenda distanciarse de la inmemorial tradición ayalesa en la que usufructo y fiducia –por este orden- recaen sobre el cónyuge supérstite. De ahí pudiera resultar una pretendida imposibilidad de desglose de ambas facetas, incluso ahora que la institución ayalesa ha sobrepasado el entramado familiar.

Las leves modificaciones propuestas en la presente base persiguen, ante todo, explicitar que, aun cuando disfrute y disposición, usufructo y fiducia representan dos facetas naturalmente fundidas en el mismo instituto sucesorio ayalés, el *de cuius* ayalés, también en esto soberano, puede despegar usufructo y fiducia para atribuirlos a sujetos diversos, así como decidir la simple eliminación de la faceta de disfrute, añadir la facultad de autoasignación de los bienes o acumular un poder de disposición prácticamente libre y en las proximidades del fideicomiso de residuo. Todo ello, si es voluntad explicitada, cabe en el Fuero de Ayala, como lo corrobora la posibilidad de desglose que advierte el texto diseñado para el apartado primero del artículo 140 que, además, intercala la capacidad exigida para la constitución de la fiducia, inmersa o no en el usufructo poderoso.

Como segundo apartado, la base retiene el contenido vigente del propio artículo 140, eso sí, anteponiendo la matización de que la conjunción de fiducia y disfrute representa solo una de las posibilidades de configuración de la fiducia sucesoria (“cuando se hubiere atribuido dicho usufructo”). Por lo demás, la precisión propuesta no obsta sino que sirve a la tradición ayalesa, por cuanto refrenda que la escueta atribución del usufructo poderoso es bastante para comunicar al beneficiario el contenido tradicional del mismo, disfrute y fiducia incluidos.

En tercer lugar, se ha creído oportuno derogar el inquietante artículo 143, aprovechando el hueco para que la nueva redacción, a la vez que prescinde de enunciados difícilmente comprensibles, conecte la facultad natural del comisario-fiduciario con la eventual concreción de la sucesión también en la perspectiva del apartamento.

El último apartado de la base se ocupa de conjugar el debido respeto a la irrestricta libertad dispositiva de los ayaleses con la obligada atención a las exigencias de la seguridad jurídica en el desenvolvimiento del encargo fiduciario, un equilibrio que se considera posible mediante la proyección del régimen general de la ordenación por comisario, *mutatis mutandis*, al usufructuario poderoso.

DE LA SUCESIÓN LEGAL

Capítulo I – Del régimen general

BASE 68.^a Procedencia

La apertura de la sucesión legal tendrá lugar en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por cualquiera de los títulos admitidos en las presentes bases para designar sucesor.

BASE 69.^a Orden de llamamientos a la sucesión

La sucesión legal se deferirá por el siguiente orden: 1.^o Los descendientes. 2.^o El cónyuge viudo, siempre que, al instante de la apertura de la sucesión, no se halle separado de su consorte judicialmente o de hecho. 3.^o Los ascendientes. 4.^o Los colaterales hasta el cuarto grado. 5.^o La Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dentro de cada una de aquellas líneas de parientes, la sucesión legal se regulará y deferirá de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación civil general, si bien se tendrán en consideración, particularmente, las siguientes reglas:

1.^a El derecho de representación previsto para la línea recta descendente y para la colateral tratándose de hijos de hermanos, operará tanto en los casos de premoriencia como en los de indignidad para suceder del pariente representado.

2.^a Los hijos sucederán por derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales. Los nietos y demás descendientes sucederán por derecho de representación.

3.^a El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho conservará, en concurrencia con hijos y descendientes, sus derechos legitimarios. Cuando no existan hijos o descendientes sucederá en la totalidad de la herencia, sin perjuicio de la legítima de los ascendientes.

4.^a En relación a la sucesión del cónyuge viudo, se establecerá una disposición del siguiente tenor: “Si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título, entre vivos o por causa de muerte, de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en

tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes se integrarán en el caudal relicto del supérstite.”

5.ª En ausencia de descendientes y de cónyuge viudo, sucederán los padres por partes iguales. Si solo hubiese uno, sucederá en la totalidad de la herencia. A falta de padres, sucederán los ascendientes de grado más próximo: si existieran varios en el mismo grado de proximidad de la misma línea sucederán por cabezas; y si fueran varios, pero de línea diferente, los ascendientes de cada línea sucederán en la respectiva mitad de la herencia y, dentro de ella, por cabezas.

6.ª En ausencia de descendientes, cónyuge y ascendientes, sucederán en la totalidad de la herencia los parientes colaterales hasta el cuarto grado de acuerdo a las siguientes reglas: a) los hermanos e hijos de hermanos excluirán a los demás colaterales; b) los hermanos de doble vínculo sucederán por partes iguales; c) si concurren hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo, los primeros sucederán en doble porción que los segundos; d) si solo existen medio hermanos, sucederán todos ellos por partes iguales; e) en los supuestos de concurrencia de hermanos con hijos de hermanos, los primeros sucederán por cabezas y los segundos por estirpes; y f) a falta de hermanos e hijos de hermanos sucederán los demás parientes en línea colateral hasta el cuarto grado, sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

Concordancias: arts. 912 a 958 CC; arts. 201 y 216.2 LSAr.; arts. 441-1 y 441-2 CCCat.; arts. 110 a 117 AAVD.

Observaciones: El aspecto más llamativo de la regulación propuesta para la sucesión legal consiste en la mejora de la posición del cónyuge viudo, que, frente a lo establecido en el Código civil y el Fuero de Bizkaia, pasa a suceder con preferencia a los ascendientes. Es ésta una tendencia apreciable en las más recientes reformas legislativas de nuestro entorno (así, por ejemplo, en Cataluña – Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones-) que viene justificada ante todo por la reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear y por ser una solución netamente ajustada a los deseos de un causante tipo (a salvo, obviamente, situaciones de crisis familiar). Esta novedosa preferencia queda suavizada, en cualquier caso, por la confluencia de dos factores: en primer lugar, por la legítima de un tercio que, en calidad de derecho sucesorio necesario, compete a todo trance a los ascendientes, legítima que también podrán reclamar para sí cuando la sucesión legal se defiera en favor del viudo; en segundo lugar, por el derecho al recobro de liberalidades que se les reconoce dentro de las disposiciones comunes a las distintas formas de suceder, el cual les permitirá recuperar las cosas que a lo largo de su vida hubieran podido donar a su descendiente muerto sin posteridad, siempre que aún perduren en el caudal. Además, si bien es cierto que la anteposición del cónyuge supérstite puede generar cambios de adscripción familiar de bienes (de forma esporádica, dado que la mayor parte de patrimonios se crean e incrementan a partir del trabajo individual), semejante problema queda lenificado en cierta forma a través de la previsión contenida en la cuarta de las reglas relacionadas en esta base, traída directamente del ordenamiento aragonés. Sobre las razones de esta importación, cuya solución se estima preferible a la de la imposición al viudo de una reserva, se ahonda en las observaciones a la base 71.ª.

Capítulo II – De la sucesión abintestato en la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramaio

BASE 70.^a Modificación del régimen contenido en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco

El orden de sucesión abintestato establecido en el Capítulo III, Título III del Libro I de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, se adaptará al previsto en las presentes bases, excepción hecha de los bienes troncales. Por tanto, se derogarán expresamente los artículos 67, 68, 69, 70 y 73, dándose al primero de ellos el siguiente contenido y redacción: “1. La sucesión intestada se deferirá en favor de los hijos, por derecho propio, y de los demás descendientes, por derecho de representación. 2. En defecto de descendientes: 1.º Los bienes troncales de cada una de las líneas paterna o materna corresponderán a los ascendientes tronqueros de la línea de donde procedan, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los comprados o ganados, constante el matrimonio, por el número 3 del artículo 20. Si en alguna de las líneas no hay ascendientes tronqueros, los bienes corresponderán a los colaterales tronqueros de la misma. 2.º Los bienes no troncales, y también los troncales si no hay parientes tronqueros o no llegaran a suceder en ellos, se deferirán conforme al orden previsto con carácter general para la Comunidad Autónoma del País Vasco.”

Concordancias: arts. 66 y 111 AAVD.

Observaciones: En consonancia con lo previsto para la sucesión forzosa, se preserva igualmente, para Bizkaia, la operatividad del principio troncal en el ámbito de la delación intestada. Mas, salvada esta singularidad, la sucesión abintestato del causante vizcaíno infanzón ha de ajustarse, en todo lo demás, a la nueva disciplina prevista con carácter general para la Comunidad Autónoma Vasca, ya que no existe obstáculo alguno que impida esta homogeneización de regímenes, tanto por lo que respecta a los bienes no troncales, como en lo que hace a los troncales cuando no existan parientes tronqueros o no lleguen a suceder por cualquier causa. Obviamente, atendida la nueva redacción dada al artículo 19 LDCF, aquí también operará el nuevo y estricto concepto de raíz troncal: por tal se entenderá exclusivamente el caserío.

DISPOSICIONES COMUNES A LAS DISTINTAS FORMAS DE SUCEDER

BASE 71.^a Inexistencia de reservas

Los bienes adquiridos mediante título sucesorio o donación conforme a lo establecido en las bases precedentes no estarán afectos a ningún tipo de reserva hereditaria.

Concordancias: arts. 84 y 88 LDCF; art. 411-8 CCCat.; arts. 118 y 120 AAVD.

Observaciones: Se persigue aquí evitar el sometimiento de los bienes adquiridos a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, al conocido instituto de las reservas, y aun evitar su inclusión por una vía indirecta, como ocurriría si se admitiese la aplicación supletoria de los artículos 811 y 968 a 980 CC. Pues ninguna de ambas modalidades encaja bien en el sistema sucesorio que diseñan las precedentes

bases. En cuanto a la reserva troncal, porque, antepuesto en la sucesión legal el llamamiento al cónyuge viudo al de los ascendientes, su preservación arrojaría un elevado grado de incoherencia por parte del legislador. En efecto, piénsese que si los bienes procedentes de los ascendientes pueden recaer *directamente* en el cónyuge por ministerio de la ley, ningún sentido tendría mantener una reserva cuya finalidad primordial consiste en evitar cambios *indirectos* en la adscripción familiar de aquellos mismos bienes; más concretamente, los que acaecerían cuando, en vez de heredarlos el viudo *recta via*, los hubiese obtenido al suceder abintestato a un hijo común a él y al ascendiente origen. Una solución a esta contradicción consistiría en ampliar el supuesto de hecho de aplicación de la reserva. Sin embargo, no parece aconsejable extender una figura de contornos dudosos y que impone severas trabas a la libertad económica del viudo y al tráfico jurídico. Antes bien, y ésta es la propuesta que antes se ha defendido, se estima preferible, tal y como hace el legislador aragonés (art. 216.2 LSAr.), establecer, para el caso de que el cónyuge herede por ministerio de la ley con preferencia a los ascendientes, una norma por la que, a su muerte, los bienes que queden procedentes del premuerto sean heredados por los parientes de este último.

Por similares argumentos, o sea, por su carácter antieconómico y por las graves dificultades que plantea en orden a la circulación de los bienes, tampoco se juzga conveniente la conservación para el País Vasco de la reserva vidual regulada en los artículos 968 y siguientes CC. Ha de tenerse en cuenta, además, que los orígenes de esta figura, siquiera remotos, se hallan en conexión con unos principios y valores absolutamente extraños a los de la sociedad actual, pues surgió en el Derecho romano cristiano como parte de un sistema de sanciones frente a las segundas nupcias, mal vistas por algunos teólogos y moralistas. Su conservación sólo podría fundarse, hoy, en argumentos muy débiles e insubsistentes, como aquel que apelara a una hipotética voluntad del donante o a la conveniencia de salvaguardar las expectativas de los hijos del primer matrimonio frente a las posibles solicitudes del segundo cónyuge en favor de los suyos propios. Nótese igualmente que, de seguirse esta línea argumentativa, la conclusión habría de consistir en una inconveniente aplicación extensiva del instituto a ciertas unidades convivenciales que no pudieron ser tenidas en cuenta por el legislador decimonónico del Código y, así, singularmente, a las parejas de hecho.

BASE 72.^a Recobro de liberalidades

Los ascendientes sucederán con exclusión de otras personas en los bienes donados por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando las mismas cosas dadas aún se encuentren en el caudal.

Este recobro procederá tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, sin perjuicio de la legítima que en usufructo corresponde al cónyuge viudo y sin mengua de la porción de libre disposición que corresponde al causante sobre su patrimonio.

El derecho al recobro de liberalidades en favor de los ascendientes no se dará cuando el causante de cuya sucesión se trate ostente la condición de vizcaíno infanzón o la vecindad civil ayalesa.

Concordancias: art. 91 LDCF; art. 812 CC; ley 279 FN; art. 209 LSAr.; art. 123 AAVD.

Observaciones: Esta base recoge, convenientemente reformulado, el derecho de reversión de donaciones contemplado en los artículos 812 CC y 91 LDCF. Aunque se trata de una figura que ha de operar tanto en la sucesión voluntaria como en la legal, tiene por fin, ante todo, suavizar en algún modo la preferencia que en esta última se asigna al cónyuge viudo frente a los ascendientes del causante: éstos, además de disfrutar de la legítima de un tercio, recobrarán las cosas que a lo largo de su vida hubieran podido donar a su descendiente muerto sin posteridad, siempre que aún perduren en el caudal. Pero no es un quid que se obtenga al margen de la legítima, o un plus sobre ésta. Los bienes dados se computarán en su base de cálculo y su valor se imputará en la expectativa necesaria de los ascendientes al objeto de no mermar la parte libremente disponible del *de cuius* ni perjudicar el usufructo viudal; pues habrá ocasiones en las que el bien donado sea el valor principal o, incluso único, del caudal, de suerte que, de no adoptarse tales soluciones, se violentarían dos de los fines perseguidos por el sistema sucesorio diseñado en estas bases, a saber, la ampliación del margen de libertad de disposición *mortis causa* y el reforzamiento de la posición sucesoria del cónyuge supérstite.

Téngase en cuenta que el derecho de recobro, si bien recae sobre unos bienes concretos, no implica afección ni vinculación de ninguna clase durante la vida del donatario: el beneficiario podrá consumirlos y disponer de ellos a su arbitrio, sea a título oneroso, sea a título gratuito, pues la reversión se contrae exclusivamente a los que resten en la herencia. Además, tampoco procede la aplicación del principio de subrogación real en el ejercicio del recobro, ya que se trata de recuperar las *mismas cosas* que hubieran sido donadas. En fin, la disposición se prevé exclusivamente para la hipótesis de que el donatario fallezca sin posteridad, de modo que, habiéndola, no se aplicará, aunque tales descendientes sean indignos, hayan sido desheredados, mueran más tarde sin prole o renuncien a su herencia. Si fallece con descendencia, el donatario puede disponer de las cosas donadas voluntariamente aun en favor de extraños.

La figura se excluye cuando el causante sea aforado vizcaíno o cuando goce de vecindad civil ayalesa. En el primer caso, para evitar su superposición a otro límite ya operante en Tierra Llana, a saber, el que comporta la troncalidad, cuyo régimen queda preservado en estas bases. En el segundo, la exclusión se establece con el fin de respetar la libérrima libertad dispositiva *mortis causa* recogida en el correspondiente Fuero.

PREVISIONES COMPLEMENTARIAS

BASE 73.^a Ámbito personal

Quedarán sujetos al régimen sucesorio diseñado en las presentes bases y gozarán, por tanto, de la condición civil de vascos, quienes, a su entrada en vigor, hayan

ganado vecindad civil en cualquiera de los tres Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma Vasca.

Consiguientemente, a salvo las especialidades establecidas por sus respectivos Fueros regulados en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, quedarán también sometidos a dicho régimen sucesorio común los vizcaínos aforados y quienes ostenten la vecindad civil ayalesa.

Concordancias: disp. trans. séptima AAVD.

Observaciones: Comoquiera que estas bases diseñan un régimen sucesorio único para todo el País Vasco, de ellas surge necesariamente una vecindad civil *nueva*, a saber, la *vasca*, la cual no será una simple vecindad administrativa, sino una del tipo previsto en los artículos 14 y 15 CC. Esta vecindad civil se adquirirá, por tanto, por las causas generales determinadas en dichos preceptos. Piénsese, en efecto, que si existen normas civiles aplicables específicamente a los ciudadanos de la CAV, ha de existir una vecindad civil en virtud de la cual se determine la sujeción a aquéllas, y ésta no puede ser otra que la regulada en el Código; o sea, no puede existir un Derecho privado autonómico sin que exista a su vez un criterio de aplicación del mismo, que no es otro que la vecindad civil.

La base pretende, entonces, delimitar el círculo de sujetos que merecen la consideración de vascos a efectos civiles, incluyendo, por supuesto, a los vizcaínos aforados y a los vecinos ayaleses, ya que si bien éstos aún conservarían las especialidades prescritas por sus respectivos Fueros en materia de sucesión forzosa, en el resto del Derecho de sucesiones (o, más exactamente, en lo atinente a los instrumentos *mortis causa* y a la fiducia) quedarían sometidos a la disciplina general aquí propuesta.

BASE 74.^a Derogación parcial de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco

Además de lo establecido en las bases 65.^a y 70.^a, la entrada en vigor del régimen sucesorio al que atañen estas bases determinará la derogación parcial de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, en todo lo que sea contrario a él y, en particular, de las disposiciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 9 y en los artículos 10 y 11, 13, 27, 29, 30, 31, 32 a 48, 49 a 52, 74 a 83, 84, 85, 87 a 89, 91, 92, 105, 106, 132 y 147 a 188.

Concordancias: no las hay.

Observaciones: La presente base procura delimitar el alcance derogatorio que debería adjudicarse a la nueva normativa sucesoria vasca. Bajo su espectro han de quedar comprendidos, desde luego, todos los preceptos forales reguladores de los diversos instrumentos de ordenación *mortis causa*, ya que las bases sientan en este punto un régimen común que viene a sustituir a la atomizada regulación precedente. Pero se han incluido igualmente otras normas, ya por razón de su carácter conexo, ya con el fin de evitar que la situación de fragmentación del Derecho sucesorio vasco se perpetúe o incluso aumente.

Un ejemplo de lo primero lo aporta la derogación expresa de los artículos 105 y 106 LDCF, que establecen sendas reglas difícilmente compatibles con el nuevo régimen de fiducia sucesoria propuesto. En cuanto a aquél, porque parte del presupuesto de que el cónyuge puede oponerse a la liquidación de la comunidad posterior a la comunicación foral hasta que se ejecuta el encargo fiduciario. Sin embargo, en la regulación de la ordenación por comisario propuesta, la liquidación es requisito *sine qua non* para que pueda reputarse válida la adjudicación de bienes concretos del caudal. Y aunque podrá obviarse semejante exigencia si el comisario es el cónyuge y ejercita el encargo en testamento al tiempo que ordena su propia sucesión y dispone únicamente a favor de descendientes comunes, ello no significa en absoluto que pueda oponerse a la liquidación. Todo ello sin contar con que el precepto foral sienta una norma de administración del caudal por completo contradictoria con la que se ha previsto en estas bases. Por su parte, el artículo 106 LDCF viene a consagrar la posibilidad de que el supérstite nombrado comisario liquide unilateralmente la comunidad. Sin embargo, en sede general de ordenación por comisario se establece la lógica y razonable exigencia de que la liquidación se practique con los posibles sucesores o, en su caso, con el contador- partidador. No se trata, por tanto, de negar la posibilidad de que la liquidación pueda arrojar como resultado la adjudicación al supérstite de una cuota sobre todos y cada uno de los bienes, sino de impedir que ello pueda hacerse unilateralmente. Se eliminan, de este modo, normas que configuran un estatus del cónyuge supérstite acorde con un esquema familiar y patrimonial que hoy cabe estimar superado, y que resulta aún más cuestionable aplicado en forma supletoria y sin la intermediación de la voluntad de los particulares.

En cambio, la derogación de los artículos 9 (en su párrafo segundo), 10 y 11 LDCF obedece a la segunda de las razones arriba apuntadas: como es sabido, estas normas reconocen a los municipios vizcaínos en los que rige la legislación civil general la posibilidad de optar por la aplicación del Fuero civil de Bizkaia en todo su término, en virtud de la Concordia de 1630 y de conformidad con lo establecido en la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía de Euskadi. Resulta obvio que el mantenimiento de esta previsión supondría violentar uno de los objetivos inspiradores de estas bases, cual es la consecución de un régimen sucesorio uniforme para todo el País Vasco; amén de que, de entrar en vigor este último, decaería el sentido de su existencia, pues el cuerpo normativo abandonado, caso de ejercitarse la opción, no sería ya el Código civil, sino otro genuinamente vasco. El razonamiento es trasplantable al artículo 132 LDCF.

En fin, se propone asimismo la íntegra derogación y pérdida de vigencia del Fuero guipuzcoano. Evidentemente, ningún sentido tendría ya mantener las específicas disposiciones que, para la ordenación mediante comisario, el testamento mancomunado o los pactos sucesorios, se introdujeron mediante la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, del Parlamento Vasco. Pero tampoco existiría razón alguna para preservar la vigencia de las que posibilitan la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano mediante la flexibilización del sistema legitimario del Código aplicable, hoy, en este Territorio Histórico, pues esa finalidad quedaría sobradamente satisfecha –y no sólo para las explotaciones agrarias- por medio del carácter global asignado a la *nueva* legítima vasca.

BASE 75.^a Modificación de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco

Además de lo previsto en las bases 65.^a, 66.^a, 67.^a y 70.^a, se introducirán las siguientes modificaciones en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco:

1.^a Se dará a su artículo 12 la siguiente redacción: “A los efectos de este Fuero Civil, son vizcaínos aforados quienes hayan ganado vecindad civil en el Infanzonado o Tierra Llana.”

2.^a Se suprimirá el inciso “su carácter de aforado o no” contenido en el primer párrafo del artículo 14.

3.^a Se suprimirá el inciso “sin perjuicio de la reserva que se establece en el artículo 85 de este Fuero” contenido en el apartado 3 del artículo 20.

4.^a La restricción del ámbito objetivo de la troncalidad prescrita en el segundo apartado de la base 65.^a se extenderá a todas aquellas disposiciones del Fuero Civil de Bizkaia que conserven su vigencia tras la entrada en vigor del régimen sucesorio al que atañen estas bases. Por tanto, todas las alusiones que en ellas se efectúe al concepto de “raíz troncal” o “bien troncal” deberán entenderse hechas al caserío troncal.

5.^a Se dará al párrafo segundo del artículo 86 la siguiente redacción: “Además, se den o no los supuestos previstos en el párrafo anterior, el cónyuge viudo que, al disolverse la comunicación foral, hubiese recibido bienes cuyo valor sea mayor que la suma de los bienes de su procedencia y la mitad de los ganados, estará obligado en todo caso a reservar el exceso a favor de los hijos y descendientes del matrimonio disuelto. A falta de estos últimos, tendrán la consideración de reservatarios los parientes del cónyuge premuerto llamados a su sucesión legal en el momento en que su óbito se produjo.”

Concordancias: no las hay.

Observaciones: Los aspectos más destacados de esta base se cifran en los tres siguientes:

Primero. Comoquiera que la entrada en vigor del nuevo Derecho de sucesiones vasco supondría el nacimiento de una nueva vecindad civil vasca, la distinción existente en la actualidad entre una vizcainía aforada y otra no aforada perdería todo su sentido; esto es, desde aquel instante únicamente cabría diferenciar, dentro de este Territorio Histórico, entre personas sujetas al régimen sucesorio común y personas sometidas al Fuero de Bizkaia (vizcaínos aforados, por lo tanto). De ahí la nueva redacción propuesta para el artículo 12 LDCF y la modificación que habría de introducirse en el párrafo primero del 14.

Segundo. Es obvio que la constrictión de la troncalidad al caserío sugerida en sede de sucesión forzosa no debería limitarse sólo a ella, sino que, coherentemente, y por idénticas razones a las en su momento expuestas, debería extenderse al resto de instituciones en las que está presente este principio de afección familiar de los

bienes raíces (singularmente, saca foral, derechos familiares de adquisición preferente y régimen económico matrimonial de comunicación foral).

Tercero. Como ya se advirtió en su momento (véase base 65.^a), la nueva redacción conferida al párrafo segundo del artículo 86 LDCF pretende minimizar los problemas que podrían derivarse de la reducción de la legítima vizcaína en tanto se mantenga vigente el régimen económico matrimonial de comunicación foral, en particular el del trasvase automático de la riqueza forjada en una determinada familia a otra distinta. Así, el cónyuge viudo que, al disolverse la comunicación foral, reciba bienes cuyo valor sea mayor que la suma de los bienes de su procedencia y la mitad de los ganados, estará obligado en todo caso (y no sólo cuando contraiga nuevo matrimonio o tenga un hijo que no lo sea del premuerto) a reservar el exceso a favor de los hijos y descendientes del matrimonio disuelto. De modo que, además de la correspondiente legítima, deberá asignarles bienes por tal importe. En caso de premoriencia de la prole, tendrán la consideración de reservatarios los parientes del cónyuge premuerto llamados a su sucesión legal en el momento en que su óbito se produjo.

BASE 76.^a Derecho intertemporal

Las cuestiones de carácter intertemporal que pueda suscitar la entrada en vigor del régimen sucesorio al que atañen estas bases se resolverán aplicando los criterios que informan las disposiciones transitorias del Código civil, sin perjuicio de las siguientes previsiones específicas:

1.^a Reserva viudal- En las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor del régimen sucesorio arriba aludido, si los hechos que dan lugar a la reserva no se han producido, ningún bien pasará a tener la calidad de reservable y el cónyuge superviviente será propietario libre de los mismos.

La misma regla se observará en relación a las reservas contempladas en los artículos 85 y 88 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

2.^a Validez de las ordenaciones sucesorias otorgadas con anterioridad a estas bases:

1. Conservarán su validez los pactos, testamentos y fiducias concertados u otorgados de conformidad con la legislación anterior. Sin embargo, la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir estas bases, sino ajustándose a lo que en ellas queda previsto.

La ejecución de las fiducias u ordenaciones por comisario deberá adecuarse al nuevo régimen.

2. Serán igualmente válidos los pactos, testamentos y fiducias ya concertados u otorgados a la entrada en vigor de estas bases, con tal de que resultaren conformes con lo estatuido en ellas y la apertura de la correspondiente sucesión se produzca durante su vigencia.

Concordancias: disp. trans. primera, segunda y tercera LDCF; disp. trans. primera FN; disp. trans. segunda, séptima, octava y novena LSAr.; disp. trans. segunda y

séptima CCCat.; disp. trans. segunda y tercera LDCG; disp. trans. primera y tercera AAVD.

Observaciones: Tal y como demuestra la disposición transitoria primera de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, los principios de Derecho intertemporal fijados en su día por el legislador del Código civil conservan todavía una dimensión práctica y una utilidad que derivan, en esencia, del carácter analógico que expresamente les asignó (disp. trans. 13.^a). Y así ha venido a reconocerlo el Tribunal Supremo al afirmar (en su sentencia de 16 de abril de 1991) que, “carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico”, ha de admitirse, pacíficamente, que, “a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y, siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudir cuando de resolver una cuestión” de esta índole se trate.

Ahora bien, ello no impide, claro está, la inclusión de ciertas previsiones específicas que solventen algunos problemas no contemplados por las transitorias del Código y, así, por ejemplo, en materia de reserva viudal: en virtud de la primera de las disposiciones propuestas (tomada del ordenamiento catalán), la reserva legal no actuará aunque el cónyuge origen de los bienes haya fallecido antes de la entrada en vigor del nuevo régimen sucesorio vasco si los hechos que dan lugar a ella (nuevo matrimonio o adopción de un hijo) no se han producido antes de tal instante. En cambio, si hubiesen acaecido, la reserva actuaría aun cuando el bínubo falleciera después de la entrada en vigor de la nueva normativa.

Por su parte, los distintos apartados de la segunda previsión especial se proponen indicar, siquiera en términos de principio, las consecuencias de la mudanza legislativa en los procesos sucesorios causados por la ciudadanía vasca y que puedan ser conducidos a partir de instrumentos otorgados antes de que sobreviniera la vigencia de la norma actual. Hay, ante todo, una preocupación por salvar la eficacia de cualesquiera ordenaciones sucesorias pretéritas pero nacidas regularmente de conformidad con la norma vigente al momento de ser otorgadas, no obstante su contraste con exigencias nuevamente impuestas, como exige el principio *tempus regit actum*. Mas de inmediato se advierte, en obsequio a la misma directriz de coherencia temporal, que las actuaciones modificativas o revocatorias de dichos negocios de ordenación, si materializadas durante la vigencia de la nueva normativa, no alcanzarán validez sino ajustándose a las formalidades en vigor.

Un remarcado especial de este necesario acomodo de situaciones que realmente se gestaron al amparo de la legalidad anterior es el referido específicamente a las fiducias sucesorias que, pese a no observar los requisitos de validez ahora establecidos, se harán operativas gracias a su congruencia con la norma que regía su otorgamiento. Respecto de ellas, ha parecido razonable conectar, en la medida de lo posible, su propia dinámica al funcionamiento que las presentes bases diseñan; y, en consecuencia, también los usufructuarios poderosos o comisarios previamente designados deberán atenerse, entre otras, a las precisiones concernientes a la observancia del plazo concedido por el causante o,

subsidiariamente, del plazo legal, con su cómputo, eventual prórroga o reducción judicialmente otorgadas, así como a lo dispuesto en materia de liquidación de la sociedad conyugal preexistente o la formalización del oportuno inventario.

El segundo apartado de la base resultaba obligado para despejar las dudas que pudieran suscitarse desde la premisa de que las actuaciones nulas conforme a la ley coetánea a su formalización sólo dispondrían, para alcanzar eficacia, del recurso a su reiteración o renovación con la estricta observancia de los requisitos sobrevenidos. Máxime si no llega a compartirse la propuesta de que cabría acudir al juego de la ley más benigna (representada en estas bases) para rescatar actuaciones sucesorias anticipadamente coordinadas con ella, una vez considerada la nulidad decretada por el régimen anterior como una especie de sanción civil, dando entrada a la previsión del Código civil (disp. trans. 3.^a). Por tanto y para evitar cualquier suspicacia, se ha optado por explicitar la reserva o conclusión que enlaza con la evidente posibilidad de enervar aquellas objeciones mediante la disposición expresa de revitalización de tales actos.