

## PRÓLOGO

*El testamento mancomunado o de hermandad en el País Vasco*, que me honro en prologar, tiene indudablemente un valor extraordinario en la trayectoria formativa de su autora, Maite BARRUETABEÑA ZENEKORTA; pero representa, asimismo, un hito relevante en el quehacer del colectivo que integramos el Departamento de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea.

La obra, antes, la memoria doctoral que constituye su núcleo, es evidente que certifica, en primer lugar, las habilidades y la madurez investigadoras que corresponden singularmente a la doctora BARRUETABEÑA. Hablo ahora de la dimensión personal para cuya apreciación computa evidentemente la calidad del resultado objetivo, que el lector tiene entre sus manos, acreditado por la composición del Tribunal encargado de evaluar la memoria doctoral correspondiente. En esta ocasión estuvo integrado por los Catedráticos don Agustín Luna Serrano, don José Javier Hualde Sánchez, doña Clara I. Asua González, don Domingo Bello Janeiro y doña María Ángeles Parra Lucán, quienes, tras el acto solemne de defensa y ponderación del trabajo presentado, en la Facultad donostiarra el 22 de diciembre de 2010, suscribieron unánimemente la máxima calificación de «*sobresaliente cum laude*».

Ahora bien, si se concede que la investigación, antes que como resultado, se manifiesta y ha de ser valorada como proceso, no dejan de tener interés los esfuerzos y la tenacidad con los que se ha logrado culminar el empeño. Para no privar de esta perspectiva al lector y habida cuenta de que he ocupado lugar preferente para la observación directa de los desvelos de la doctoranda, me refiero brevemente al período de elaboración del trabajo.

Todavía estudiante de cuarto curso de la Licenciatura en Derecho, aunque concluida su Diplomatura en Relaciones Laborales, Maite BARRUETABEÑA ZENEKORTA acudió a mi despacho de Donostia, en compañía de su profesora de Derecho Civil en la Sección de Bizkaia, Leire Imaz Zubiaur, con la idea de poner de manifiesto su propósito de encarar una futura dedicación a la docencia, precisamente en la propia línea de euskara en la que se hallaba cursando sus estudios

jurídicos. Venía ya convencida de que sería ineludible pasar por una clásica formación investigadora en Derecho Civil. Aparte del aval de su mentora y las necesidades apremiantes de la enseñanza bilingüe, fueron su realismo y su perseverancia los que, ponderados desde la óptica que proporciona una hoja de calificaciones, precipitaron mi compromiso inmediato de tutelar su etapa formativa.

Desde entonces, poco antes de que iniciáramos el Curso 2004/2005, el último de su Licenciatura y en el que disfruté de una fructífera beca de colaboración, Maite Barruetabeña no ha regateado esfuerzo y ha colmado puntualmente las tareas que le han sido encomendadas. Siendo ello substancial, tampoco cabe dar al olvido el contexto escasamente complaciente en el que ha debido trabajar durante esta etapa, pues es de justicia atestiguar cómo la doctoranda no ha cejado ni ha disminuido la franqueza de su entrega universitaria ni siquiera en los momentos en que nuestras instituciones parecen empeñadas en desdeñarla.

Un primer desaire, capaz de frenar el entusiasmo de cualquier doctoranda y variar un rumbo vocacional apenas elegido, le sería servido de la mano de la comisión nombrada por el Gobierno Vasco para formular propuesta de selección de los beneficiarios de las Becas predoctorales de Formación de Personal Investigador o, también así se identifican, de Formación del Profesorado Universitario. En efecto, no creo impertinente recordar cómo alguno de los miembros de la referida Comisión vino a demandar de la joven solicitante —según me trasladó antaño, todavía asombrada— que repentizara una especie de aproximación al *valor en bolsa* de la institución *foral* que se proponía investigar. No necesitaré explicitar el sentido frustrante de la propuesta de resolución que en esa convocatoria acabó recayendo. Pero la vieja anécdota —ojalá fuera sólo eso— me sirve para ejemplificar la extrañeza e incompreensión que —frecuentemente, entre nosotros— suscitan las instituciones civiles propias, cuando no son de las que *cotizan*. Verdad es que la perseverancia de la doctoranda nos condujo a reiterar solicitud para la convocatoria ulterior, insistencia que permitió corregir el yerro, aunque fuera un año más tarde.

La otra desmotivación a la que entiendo necesario referirme es menos episódica. Sigo pensando que resulta asombroso y lamentable que, agotado el período de disfrute de la tan preciada Beca de Forma-

ción de Personal Investigador o Profesorado Universitario, el contexto actual de la Universidad no logre ofrecer a la doctoranda una dedicación congruente con su valía y disponibilidad. Como es natural, las dificultades por las que transitamos no disculpan, aunque expliquen, la etapa de indignante precariedad, el exasperante día a día, de suplencia en suplencia y, como es el caso, atendiendo la impartición de clases de grado sobre disciplinas (si interviene la suerte) ligeramente emparentadas con aquella en la que se han velado exitosamente las armas del doctorado.

No me resta, en este apartado, sino hacer votos por que la presente heterodoxia en la dedicación docente de la doctora BARRUETABEÑA sea pasajera y por que en seguida podamos celebrar el regreso de la profesora de Derecho Civil, línea bilingüe, al Grupo de investigación y Departamento universitario en los que ha completado su preparación.

\*\*\*\*\*

Justamente —con ello cambio de óptica— la referida preocupación por la actual precariedad y lejanía en la docencia cotidiana tiene mucho que ver con la persistencia y fortalecimiento de la línea de investigación en la que se entronca la memoria doctoral de la profesora BARRUETABEÑA ZENEKORTA. Dicha línea no es otra que la que tenemos constantemente identificada como *Derecho Civil Vasco*, expresión convencional y sintética con la que pretendemos evocar los fundamentos del Derecho civil foral de los Territorios Históricos del País Vasco. Ante todo y mas allá del respaldo a la propia competencia de las denominadas Instituciones comunes, nos propusimos dar respuesta a la pretérita demanda de nuestro legislativo autonómico, esto es, al emplazamiento que nos hizo, hace ya más de cuatro lustros —a través de la exposición de motivos de la Ley 3/1992—, para que fuéramos profundizando en el conocimiento y análisis de las instituciones arraigadas en los respectivos Fueros Civiles de aquellos Territorios, posibilitando así perfilar los *rasgos comunes del Derecho Civil Vasco* que estaban por descubrir y se proponía como *desideratum*.

Pues bien, esta obra sobre *el testamento mancomunado o de hermandad en el País Vasco* representa la culminación de nuestra tarea investigadora, siquiera en lo que concierne a memorias doctorales en

derredor de las instituciones peculiares vascas en el ámbito de la familia y de la sucesión *mortis causa*.

Primero apuntamos a las relaciones económico-familiares del Fuero de Bizkaia (Luis Carlos MARTÍN OSANTE, *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno: la comunicación foral de bienes*”, Madrid, Marcial Pons, 1996); vino luego el turno de la sucesión forzosa, el sistema de legítimas y las limitaciones de la troncalidad asimismo vizcaínas (Gorka GALICIA AIZPURUA, *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002) y, una vez promulgado el Fuero de Gipuzkoa, pareció llegado el momento de emprender el estudio de las otras dos instituciones o cauces instrumentales que, en cierto modo, son comunes a los tres Fueros civiles vascos y que, por ello, integran la estructura elemental de nuestro sistema sucesorio peculiar. Cuando hubimos de elegir, optamos por dar preferencia investigadora a los pactos (Leire IMAZ ZUBIAUR, *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006) y aplazar el estudio del testamento mancomunado a la espera de una ulterior ocasión. Por fortuna y como tengo escrito, la propia Leire serviría de preciado eslabón en esta cadena de doctorados que, ahora, cierra el de Maite BARRUETABEÑA ZENEKORTA.

He aquí la exploración previa de los cimientos y sus piedras angulares que antaño se nos demandara. Ahora estamos en condiciones de urgir al propio legislador autonómico para que extraiga las consecuencias y haga realidad esa anunciada *tercera fase*. Las instituciones comunes —Gobierno y Parlamento vascos— ya no tienen pretexto para postergar el ejercicio de la competencia estatutaria concerniente a la *modificación y desarrollo* del Derecho civil propio. Nunca antes lo habían tenido más fácil. Se les exige que asuman la responsabilidad de optar entre mantener, *ad calendas græcas*, la territorialización de las instituciones a la que hubo de resignarse la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, perpetuando su estructura tripartita y limitándose a remozar sus esclerotizados preceptos, o decidirse por destilar la esencia jurídica de aquellos tres Fueros y transfundirla a una síntesis normativa congruente con las posibilidades del autogobierno y con las necesidades de la actual sociedad vasca.

Nuestro posicionamiento, como es bien sabido, vierte inequívocamente hacia esta filosofía autonomista, aunque somos conscientes de la endémica indefinición que caracteriza a las instituciones comunes vascas, hasta el punto de que, en dos ocasiones (1982-1992 y 2005-2008), el Parlamento Vasco —sin que conste ni iniciativa ni respaldo del Gobierno— ha fracasado en el intento de seleccionar el rumbo e impulsar la marcha hacia ese Derecho civil para todos los vascos. En efecto, el Departamento de Derecho civil y el Grupo de Investigación en el que la presente monografía se incardina hemos apostado decididamente por la vía que, a nuestro entender, facilitaría un primer avance para la cohesión jurídico-privada de los ciudadanos vascos, cualquiera que sea el concreto rincón de este País en el que hayamos instalado nuestra residencia efectiva. En concreto, propugnamos —nunca es tarde, si se acaba eligiendo lo mejor— la remisión al Parlamento de un *Proyecto de ley de Bases*, siquiera, sobre las *sucesiones por causa de muerte en el País Vasco*, más o menos, en los términos que han quedado enunciados en una obra colectiva *ad hoc*: Clara I. ASUA GONZÁLEZ, Gorka GALICIA AIZPURUA, Jacinto GIL RODRÍGUEZ, José Javier HUALDE SÁNCHEZ y Leire IMAZ ZUBIAUR, *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*, Bilbao, UPV/EHU, 2011.

La preferencia por la técnica de la Ley de Bases viene impuesta, creemos, por la necesidad de que todas las fuerzas parlamentarias consensuen, responsable y desinteresadamente, los principios angulares de la nueva regulación; como, por ejemplo, la existencia y consistencia de la legítima sucesoria autonómica o los cauces que se ofrecen a los vascos (pactos, testamento mancomunado y testamento por comisario-usufructuario-fiduciario) para ordenar su escenario patrimonial en previsión de la muerte. Además, entendemos que, 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.

La conveniencia, en fin, de empezar por la definición del estatuto sucesorio obedece, desde luego, a la prudencia de planificar serenamente y por etapas el desarrollo ideal del *Derecho Civil Vasco*, pero, sobre todo, a otros tres indicadores dignos de consideración. El impe-

rativo fundamental es evidente que lo proporciona nuestro inaudito escenario de partida, o sea, la hiper-mega-fragmentación que padecemos en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, donde, según nos hemos ocupado de explicitar reiteradamente, los vascos sobrellevamos hasta cinco esquemas-dialectos sucesorios diversos. Un segundo argumento y aliciente para esta actuación normativa sectorial vendría servido por el significativo desfase del sistema sucesorio del propio Código Civil; un sistema que sigue vigente —no se olvide— para la inmensa mayoría de alaveses y guipuzcoanos, aparte de que es *sustancialmente* aplicable también a casi la mitad de los vizcaínos: aproximadamente, un *millón y medio* de habitantes, representativos de casi el 70 % del padrón vasco. En el mismo sentido de la propuesta se encuentra, por último, el ejemplo de otros legisladores autonómicos más entrenados que el vasco y que iniciaron su andadura refaccionando precisamente los elementos propios de la sucesión por causa de muerte (Cataluña, CS Ley 40/1991, Aragón, LSCM 1/1999 y Galicia, LDCG 4/1995).

\*\*\*\*\*

Ni que decir tiene que el *Estudio-Bases* referenciado converge esencialmente, como no podía ser de otro modo, con las conclusiones decantadas en esta obra monográfica, sin perjuicio de que en ella se mantengan razonadamente —también es natural— concretas propuestas de reforma que no se han visto cristalizadas del propio modo en la versión final ofrecida por el grupo redactor de las reiteradas *Bases*.

En todo caso y antes de referirme a la estructura de la obra, no puedo dejar de encarecer el mérito de Maite BARRUETABEÑA ZENEKORTA por el hecho de haberse decidido a explorar una institución que acumula tanta penuria normativa en los textos históricos y que se hallaba tan ayuna de tratamiento doctrinal en el entorno vasco. Lo digo, porque la presente dimensión editorial del capítulo introductorio, en el epígrafe rotulado como *emersión histórica del testamento mancomunado*, ni se corresponde con la extensión que hubo de alcanzar en el formato de memoria doctoral ni permite hacerse idea de los esfuerzos y desvelos que dicho apartado exigió de la doctoranda para corroborar la digna presencia de testamento conyugal en los Fueros vizcaínos y el cabal ostracismo al que lo condenaron los compiladores en aras de ese soñado Código civil de los españoles, desliziéndose so-

bre la convicción de que el testamento mancomunado no respondía a los principios inspiradores del Fuero, según afirmara la exposición de motivos de aquella madrugadora y sacrificada Ley de 30 de julio de 1959, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava.

Otro tanto ocurre con la constricción que la autora de la monografía se ha decidido a aplicar al otro apartado de aproximación a las claves de la testamentifacción mancomunada, donde apenas si puede intuirse el cúmulo de lecturas y meditaciones necesarias para llegar a destilar las conclusiones fundamentales que se trasladan a esta publicación respecto de, entre otros pilares, la naturaleza inequívocamente testamentaria (y no contractual) de este peculiar cauce de disposición sucesoria y la centralidad de la idea de correspectividad, así para la cohesión de las disposiciones que el testamento encierra, como para el trazado preciso de la línea de su irrevocabilidad.

Una mayor correspondencia entre las dimensiones de la memoria doctoral y las de esta publicación se observa por lo que hace a los tres capítulos centrales en ambas, atinentes, como no puede ser de otro modo, a los denominados elementos formales, subjetivos y objetivos.

El capítulo que se dedica al *aspecto formal*, donde procede advertir que la testamentifacción conjunta no ha de ser considerada una mera forma testamentaria sino un cauce alternativo a la vía individual, queda a su vez integrado, primero, por el análisis de las diversas formas en que la voluntad testamentaria puede alcanzar eficacia y, ulteriormente, mediante la ponderación de las vicisitudes que seguramente le sobrevendrán al testamento mancomunado una vez que se ha perfeccionado su otorgamiento. La doctora BARRUETABEÑA llega al convencimiento de que prácticamente todas las formas son hábiles para albergar una voluntad testamentaria conjunta, de la misma manera que están a disposición de quien pretenda testar individualmente; y razona esa pareja permisividad formal atribuyendo a la presencia notarial la función primordial —innecesaria, dice, si no se desconfía de la herramienta— de antídoto contra la eventual captación de voluntad en la pareja testadora. Así y tras la constatación de la incompatibilidad operativa de la forma ológrafa, la autora se decide a descartar esta posibilidad, alineándose con el Derecho navarro y criticando seriamente el exigente sistema del Fuero de Gipuzkoa, que, por lo demás, persiste en la antes citada propuesta de regulación uni-

taria, cuando se requiere que el testamento mancomunado, en todo caso, se otorgue abiertamente ante notario.

La que pudiéramos denominar *cuestión subjetiva* del instrumento sucesorio investigado se aborda en el capítulo tercero, empezando por la consideración analítica los autores del testamento conjunto, sin olvidar la referencia adicional al notario autorizante, los testigos, los facultativos o los beneficiarios designados. La autora de la obra se muestra decididamente crítica y contraria a la exigencia de los Fueros vascos de que se hallen vinculados conyugalmente, como matrimonio o como pareja de hecho inscrita, quienes pretendan hacer uso del testamento mancomunado, no ya sólo porque la exigencia de dicho vínculo impide a su vez sobrepasar la dualidad personal, restricción cuantitativa vigente en Aragón y que la doctora BARRUETABEÑA asume para el Derecho vasco, sino esencialmente porque la exigencia de unión marital impide irrazonablemente que este cauce pueda ser aprovechado por otras personas al amparo de cualquier tipo de vínculos.

En el último de los capítulos, concerniente a los *aspectos objetivos* del testamento mancomunado, se abordan varias cuestiones cruciales para la configuración de su régimen jurídico, destacadamente las que sirven para delimitar la propia herramienta mancomunada y las que tratan de especificar el nivel de auto-vinculación asumida por los otorgantes.

El primero de dichos núcleos es obvio que apunta a la necesidad de dirimir cuándo los testadores —singularmente los vascos sujetos al Código civil— traspasan el umbral de entrada en el testamento mancomunado radicalmente proscrito por el artículo 669 de aquél, a cuyo respecto, como imperativos de seguridad jurídica aconsejan, la autora de esta obra propone extender el círculo mancomunado —como las susodichas *Bases*— hasta abarcar todas las últimas voluntades que hayan sido otorgadas «en un mismo instrumento», según la fórmula codificada.

Sólo dejando perfectamente dibujado ese perímetro de la institución, que formalmente se colma con la unidad instrumental, la investigación puede acceder sin prejuicios a la clasificación del contenido testamentario. Y es en este trance cuando se hace imprescindible decantar un concepto realista de correspectividad en cuanto ingrediente de las disposiciones testamentarias que han nacido y deberán

permanecer interrelacionadas. Un concepto que se hace especialmente operativo e insustituible —como muestra la autora— cuando se buscan las coordenadas de una moderada irrevocabilidad que, desde luego, no fuerza al solapamiento del testamento mancomunado con la disposición propiamente paccionada. Para el testamento conjunto, concluye la doctora BARRUETABEÑA, es irreprochable la fórmula guipuzcoana que consagra la revocabilidad y la impide únicamente cuando el testador supérstite pretende desvincularse de una cláusula correspondiente, lo que pudiera interpretarse como defraudación de la voluntad del causante que primeramente hubiese fallecido.

\*\*\*\*\*

No puedo cerrar este exordio sin dejar constancia de mi felicitación a la doctora Maite BARRUETABEÑA ZENEKORTA por la culminación de la tarea que se propuso y sin formalizar el reconocimiento a quienes han hecho posible la maduración y publicación de la obra, en concreto, al Departamento de Educación del Gobierno Vasco, al Vicerrectorado de Gipuzkoa y a Kutxa, por su financiación, así como a Salvador Vives por el esmero que ha aplicado al buen fin de esta edición.

JACINTO GIL RODRÍGUEZ  
Catedrático de Derecho Civil