

INFORME DE LA AVD-ZEA SOBRE SUCESIONES Y TESTAMENTOS, DIRIGIDO A LA DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA COMISIÓN EUROPEA

**A la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad
de la Comisión europea**

En nombre de la Academia Vasca de Derecho que nos honramos en representar, y que está domiciliada en la Alameda de Recalde nº 8 primero, de Bilbao, España, deseamos participar en la encuesta convocada por la Comisión Europea bajo el título de *Libro Verde. Sucesiones y testamentos*, y a tal efecto remitimos el siguiente informe elaborado por la comisión designada por la Junta Directiva.

PRELIMINAR

España nació por la agrupación de diversos reinos y territorios que ocupaban la Península Ibérica y que mantuvieron instituciones públicas y privadas muy distintas al menos hasta el siglo XVIII, instituciones que en el orden civil aún están vigentes en distintas Comunidades Autónomas.

Esta es una fundada realidad que justifica que el Código Civil Español no se aplique en toda España, sino que un buen número de

sus instituciones se regulan por normas propias de las distintas Comunidades Autónomas. Hay amplias zonas del País en las que existen Fueros especiales, entendiendo por Fueros las leyes y costumbres propias de cada Comunidad. Esta situación plantea frecuentes conflictos de leyes que se resuelven por normas internas contenidas en el Código Civil.

El artículo 12 del Código Civil disponía que: *las disposiciones de este título (el preliminar del Código) en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los Estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV del libro I (trata este título del matrimonio).*

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

Esta situación se mantuvo vigente tras la aprobación de la Constitución española de 1978 que en su artículo 149 disponía que *el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:*

8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Ateniéndose a esta norma las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Baleares, Valencia, Navarra, País Vasco y Galicia poseen instituciones civiles muy diferenciadas que recientemente han sido actualizadas.

PRIMERA PARTE

Primero. *Sistema español de conflictos de leyes I.*

Por razón de la diversidad de leyes internas, en España existen dos sistemas en relación con las normas sobre conflictos de leyes:

El primero se aplica a los conflictos entre la ley española y las de otros Estados, constituyendo lo que entendemos por Derecho internacional privado, y sus normas se contienen en el Código Civil de 1889, artículos 8 a 16, modificados por la reforma del título preliminar en 1974 y reformas parciales para adaptarse a la Constitución de 1978. El sistema se ha visto también modificado por la incorporación de diversos acuerdos internacionales que no operan respecto de los conflictos internos.

En lo que atañe al Derecho de sucesiones, el Código civil ordenaba que se aplique en todo caso la ley nacional del de cujus.

Decía el Código en su primera versión de versión de 1888, art. 10, que:

Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles a la ley del país en que están sitos.

Sin embargo, las sucesiones legítimas y testamentarias, así respecto al orden se suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus instituciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Segundo. *Sistema español de conflictos de leyes II.*

El segundo sistema de normas de conflicto, al que llamamos Derecho interregional se aplica a los conflictos entre los distintos ordenamientos civiles que existen en el Estado.

En lo que atañe al Derecho de sucesiones el Código Civil ordena, como hemos visto, que se aplique la ley nacional del de cujus. Pero la ley nacional no podía aplicarse a los conflictos interregionales, en los que todas las personas implicadas tienen la nacionalidad española, por lo que el Código recurrió a una institución tradicional, la vecindad, que no es el domicilio ni siquiera una institución paralela a la nacionalidad, pues aunque se determina por vínculos de sangre, la vecindad se pierde por una larga residencia en tierras en las que no rige la misma ley.

La vecindad es la institución que históricamente regulaba los conflictos entre las diversas legislaciones vigentes en las regiones españolas, antes de que entre el código francés y las ideas de Manzini se impusiera en este tema la nacionalidad como ley personal. En Vizcaya, además de regular los conflictos de carácter civil, la vecindad jugaba un buen papel en el derecho público pues los vecinos de Vizcaya se consideraba hidalgos y el país gozaba de una amplia autonomía.

La vecindad, que se adquiere con el nacimiento solamente se pierde por una residencia en territorio distinto sin hacer una declaración de conservar la vecindad de origen, o por la simple residencia de dos años, si el interesado opta por la ley de la residencia. La vecindad, así regulada, sigue siendo la ley personal en España para resolver los conflictos entre vecinos de los distintos territorios que tienen un Derecho civil diferente del regulado en el Código Civil

El artículo 15 del Código Civil en su redacción de 1889 después de establecer la vecindad como punto de conexión o vinculación para las sucesiones disponía que:

Para los efectos de este artículo se ganará vecindad por la residencia de diez años en provincias o territorios de Derecho común, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario, o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad.

Es decir, la vecindad que se adquiere merced al criterio del *jus sanguinis*, se pierde por una larga residencia en otro País, pero resulta decisiva la intervención de la voluntad del interesado para adelantar el cambio de vecindad o para retrasarlo

Estas normas, pese a la modificación del Código en 15 de octubre y 17 de diciembre de 1991, se mantienen vivas en la legislación actual.

Tercero. *Colisión con la troncalidad.*

La Academia Vasca de Derecho tiene especial interés en defender las instituciones vascas que la posible reforma de las normas conflictuales puede poner en peligro.

Cuando en el año 1888 se publicó la primera edición del Código Civil que regulaba por la ley nacional, o la de la vecindad, todas las sucesiones, los diputados vizcaínos advirtieron que esto desnaturalizaría una institución básica en Vizcaya, la troncalidad, que atribuye los bienes troncales, situados en Vizcaya a la familia vizcaína, por lo que debía aplicarse con independencia de la ley personal del propietario, y que se vería como una anomalía que se aplicara la ley troncal a bienes situados fuera de Vizcaya.

Si se hubiera establecido el principio de territorialidad para los bienes inmuebles la ley troncal se hubiera salvado plenamente, puesto que la troncalidad vizcaína es territorial por esencia, pero el dominio de la ley personal hacía perecer la troncalidad cada vez que una persona cambiara de vecindad.

Protestaron los diputados vizcaínos por la aplicación general de la ley de la vecindad del de cujus y recordaron al legislador la ley XV del título XX del Fuero, que hasta 1888 se estaba interpretando en el sentido de aplicar la ley foral en todo caso con independencia de quien fuera el propietario de la finca. El Gobierno accedió a rectificar el Código atendiendo a esta queja y en la redacción definitiva del Código en 1889, muy inclinado a la ley nacional, aunque no aceptó el criterio de la territorialidad para los bienes inmuebles, introdujo una pequeña pero importante limitación, pues se acordó añadir al artículo 10 un párrafo tercero que decía:

Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana a la ley XV del título XX del Fuero de Vizcaya

Era una solución parcial, una semi territorialidad, porque lo que de verdad exigía la ley foral es la aplicación plena del principio de territorialidad en materia de bienes troncales y, de hecho, hasta el Código Civil se estuvo aplicando en Vizcaya este criterio y se sometieron a Derecho foral los bienes troncales con independencia de quien fuera su propietario

Título XX del Fuero de Vizcaya de 1526. *Título XV. Que los vecinos de las villas que tuvieran bienes en la tierra llana guarden el Fuero en disponer de ellos.*

Otrosí dixerón: Que habían de Fuero, y establecían por Ley, porque acaece que algún vecino de las villas de Vizcaya entre otras tierras y heredades, que tiene sitas en el Juzgado de la tal villa, de donde es, tiene y posee otras tierras y heredades sitas en el Juzgado y Tierra llana y así troncales. Y acaece que el tal suele disponer de las tales tierras troncales por sí, o a vueltas con las otras heredades de la tal villa, ahora en vida, ahora en muerte. Y ponen duda si sobre los tales bienes troncales ha de disponer, según que de los otros, que no son troncales. *Por ende dixerón: Que ordenaban y ordenaron que el tal vecino de villa do los bienes (según las leyes del Reino) son partibles, que toda la raíz que tuviere en el Juzgado y Tierra Llana, sea de la calidad, condición, privilegio y Fuero que la otra raíz que poseen los vizcaínos de la tierra llana troncal. Y tal, que en vida y en muerte pueda disponer de ello, como podía disponer el vizcaínos vecino de la tierra llana . Y sean admitidos para la tal raíz los tronqueros profincos, como y según se admiten a los bienes que poseen, venden y mandan los Vizcaínos vecinos de la Tierra llana.*

El Fuero se dirigía a los vizcainos porque carecía de competencia para imponer su criterio fuera de Vizcaya, pero no había problemas porque hasta 1888 el Tribunal Supremo venía aplicando la ley territorial a las sucesiones

Cuarto. *Naturaleza de Vizcaya.*

Vizcaya es una de las tres provincias que hoy constituyen la Comunidad Autónoma vasca y posee más de la mitad de la población de dicha Comunidad. Vizcaya tuvo siempre Fueros propios, es decir, leyes que han seguido vigentes hasta la actualidad.

Su territorio se divide entre las doce villas y ciudad de Orduña, y el resto del territorio que se considera Tierra llana. En las villas rige el Derecho castellano, hoy el Código Civil, mientras en la Tierra llana se aplica el Fuero de 1526 sustituido hoy por la ley de 1 de julio de 1992.

La aplicación de la troncalidad, una institución de mucho arraigo en la tierra llana, podría ser burlada si se dejara sin efecto por un cambio de vecindad.

Quinto. *Naturaleza de la troncalidad.* La troncalidad es una institución propia de Vizcaya que domina en la sucesión de bienes inmuebles. Aunque en otros territorios se habla también de troncalidad, por lo común suele ser una institución que tiene su vigencia tan sólo en la sucesión intestada.

En Vizcaya, en cambio, la troncalidad rige en la sucesión testada e intestada, en las donaciones e incluso en todos los actos de disposición inter vivos. Esta extensión tan amplia de la troncalidad, que pretende mantener los bienes inmuebles (raíces en la terminología foral) en el seno de la familia, se defiende por la ley foral con dos tipos de normas:

En primer lugar, la ley se ocupa de los actos a título gratuito y declara que son nulos de pleno derecho todos los que se realicen a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente.

En segundo lugar, cuando se trate de enajenar los bienes troncales a extraños por un acto Inter. vivos, los parientes tronqueros pueden anular la venta, permuta o cualquier otra transmisión exigiendo que se les transmita la finca a los demandantes por un precio establecido por tasación.

Disposiciones de la ley 3 / 1992 de 3 de julio de 1992:

Artículo 17. La propiedad de los bienes raíces es troncal. A través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio.

Artículo 24. Los actos de disposición realizados a título gratuito, inter vivos o mortis causa, a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente, serán nulos de pleno derecho.

Art. 112. Los parientes tronqueros, sean o no aforados, según el orden del artículo 20 y la línea y grado de proximidad a la raíz, tie-

nen un derecho preferente a la adquisición sobre los bienes troncales que se intentare enajenar a extraños y a título oneroso.

Primeras conclusiones de este informe

La originalidad de las leyes vascas nos hacía temer que nuestras instituciones no serían contempladas en la encuesta dirigida sobre todo a los grandes Estados nacionales. La troncalidad en la forma en que rige en Vizcaya no es conocida en ningún otro territorio, pero hay también otras instituciones que en la encuesta no han merecido ninguna atención.

El Código Civil decía en su art. 669 que el testamento es un acto personalísimo y en consecuencia prohibía el testamento mancomunado, incluso el que los españoles otorgaran en el extranjero; pero la costumbre vizcaína desde los tiempos más remotos admite este modo de testar, especialmente entre cónyuges. Desde que el B.G.B. admitió los testamentos mancomunados, ganaron más prestigio en la doctrina española y la encuesta a la que colaboramos se ocupa también de ellos.

Por el mismo carácter personalísimo, el art. 670 prohíbe el testamento por comisario cuya formación, la designación de herederos o legatarios y todo su contenido se deja al arbitrio de terceros. Sin embargo, este modo de testar que otorga al comisario tras la muerte intestada del testador todas las facultades que a éste le correspondían, es una constante realidad en Vizcaya, especialmente en los testamentos otorgados entre marido y mujer, muchas veces en capitulaciones matrimoniales, cuando evitan el ab intestato dejando en manos del superviviente las decisiones a adoptar.

Pese a la radical prohibición del Código, en fecha reciente, el legislador, partiendo de una leve excepción que contenía el art. 831, lo ha modificado regulando con la mayor amplitud los testamentos en los que se otorga a un cónyuge el más amplio poder testatorio. Por esta razón, no solamente desde el punto de vista vasco sino por otras Comunidades Autónomas españolas y en la actualidad atendiendo el Derecho vigente en toda España, debería ponerse atención en esta institución, regulando la posi-

ble solución a los problemas de capacidad, forma y contenido. El derecho español que regula los conflictos, cuando se enfrenta con un aragonés, un catalán o un vasco no es el que está en el Código Civil, sino en las Compilaciones de Cataluña, Aragón o el País Vasco.

La primera conclusión de este informe es que en la encuesta se debiera aclarar que siempre que entre en conflicto la ley española debe acudirse a los criterios de su legislación interna para aplicar, no solamente el Código Civil sino todas las legislaciones vigentes dentro de su territorio. Ley española no es solamente la que rige en Castilla, sino también la de Cataluña, Aragón o el País Vasco.

En segundo lugar propone la Academia que se tome en consideración la ley correspondiente a la situación del inmueble cuando se trate de bienes troncales. En consecuencia, como señalaremos al contestar al cuestionario de la encuesta, nos inclinamos por adoptar como punto de conexión o vinculación en las sucesiones, la ley del país en que esté situada la finca siempre que existan normas como la troncalidad que determinan una peculiar forma de organización familiar o social.

En tercer lugar, pedimos que se fije la atención en una institución civil española, la vecindad, desconocida en otros sistemas jurídicos, y que viene siendo aplicada con buenos resultados en el sistema interregional español, en el que siempre ha sido frecuente la colisión de leyes. En el Fuero de Vizcaya, la vecindad, que resolvía conflictos de leyes civiles como los de la ley XV del título XX era también un vínculo político que se hacía reconocer fuera de Vizcaya mediante las declaraciones de vizcaína, que se basaban en una vecindad de origen.

SEGUNDA PARTE. DISPOSICIONES DE LAS LEYES VASCAS AFECTADAS POR LA ENCUESTA

Primero. Las normas conflictuales afectan a todas las instituciones cuando entren en conflicto con leyes de otros países o territorios.

Si atendemos al apartado 2.2 de la encuesta, todos los problemas que enumera se plantean también en Vizcaya, aunque alguna institución tradicional vasca se puede dudar de que se haya tomado en consideración al elaborarla. Quizá la duda nos la plantee la distinta terminología que se utiliza entre los juristas españoles.

Admitimos que la ley europea pueda ocuparse de todas las instituciones que enumera la cuestión 3. Pero nos cabe la duda de que en la enumeración se halle comprendida una institución de trascendental importancia en el País Vasco, que es el testamento por comisario o poder testatorio. Este modo de testar, muy habitual en Vizcaya permite delegar la redacción del testamento en un tercero para que tras la muerte del testador determine quiénes son los herederos, la cuantía de su participación en la herencia, etc.

El poder para testar es muy útil para quien no quiere morir intestado pero tampoco quiere tomar decisiones coyunturales, porque los hijos son demasiado jóvenes o por otras circunstancias. En tal caso decide delegar en otra persona, generalmente el cónyuge, para que tras la muerte del causante otorgue el testamento en su nombre. Este poder es muy frecuente entre cónyuges que muchas veces lo otorgan en forma recíproca.

El poder testatorio no se considera entre nosotros como un contrato de herencia ni una sustitución fideicomisaria, ni es una mera cuestión de forma, por lo que creemos que se debería incluir por su nombre en la cuestión 3 del art.2.2 al lado de los testamentos mancomunados que también rompen el carácter personalísimo del testamento. Frente a la prohibición de testar dos personas en el mismo instrumento tenemos en Vizcaya el testamento mancomunado y ante la que prohíbe que pueda delegarse la voluntad del testador, el poder testatorio o testamento por comisario atiende a una costumbre secular que en la actualidad se sigue mostrando muy útil.

Ley III del Título XXI del Fuero de Vizcaya. De los comisarios y cómo pueden elegir heredero.

Otrosí dixerón: Que habían de Fuero, uso y costumbre y establecían por ley, que por quanto muchos en su fin no pueden ordenar

ni hacer sus testamentos y mandas, o aunque pueden no quieren declarar su postrimera voluntad y dan poder a algunos, sus partes o amigos, o mujer al marido o el marido a la mujer, para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento e institución o instituciones de herederos. Y puede ser que el tal fallecido ha dejado hijos o descendientes o profincos que le han de suceder, pupilos y pequeños y de tal condición y calidad que los comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre tales menores cuál es el más idóneo o conveniente a la casa para heredar o regir toda la casa y casería; y a esta causa por hacerse aquellas elecciones entre niños, y tan breve, a veces no suceden bien. Por ende, que establecían que el tal poder y comisión valiese...

Ley 3 / 1992 de Derecho civil foral del País Vasco.

Artículo 32. El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le corresponden en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.

TERCERA PARTE. APORTACIONES A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA ENCUESTA

No nos proponemos contestar a todos los términos de la encuesta sino a aquellos que inciden más directamente en la ley vizcaína. Suponemos que algún centro similar al nuestro habrá hecho observaciones a otros puntos en relación con la aplicación de la ley española y de otros territorios distintos del vasco.

Cuestión 1. *¿Qué cuestiones hay que vincular a la ley sucesoria?*

De conformidad con lo indicado en nuestros preliminares creemos que la ley sobre conflictos en materia de sucesión debería hacer referencia a los Estados en los que existen territorios con diversas legislaciones en materia de sucesión, como ocurre en España.

Debemos recordar el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 de Agosto de 1989

cuyo artículo 19 se ocupa extensamente de la ley aplicable cuando un Estado comprende dos o más unidades territoriales que tienen su propio sistema de Derecho o sus propias reglas en materia de sucesión.

El silencio de la encuesta puede interpretarse como un deliberado propósito de extender la nueva convención a las normas entre legislaciones de ámbito reducido dentro de un Estado que admite la pluralidad legislativa como es el nuestro, o por el contrario, se puede pensar en un deliberado abandono de dichas normas a las decisiones de las leyes de conflicto que cada Estado establezca en el orden interno.

Estimamos que el Reglamento comunitario debiera definirse en este tema, que, desde el punto de vista de los territorios forales de España es muy trascendental.

A juicio de la Academia Vasca de Derecho los criterios que establecía la convención de 1989 son un punto de partida muy razonable, y al menos debiera establecerse una regla general como la que contenía el convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales cuyo artículo 16 decía que *aux fins de la convention, lorsque un État comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi matrimoniale d'un tel État est entendue comme visant le système déterminé par les règles en vigueur dans cet État*. Debiera entenderse también que la ley española no es siempre el Código civil sino la ley foral cuando afecta a una Comunidad con Derecho propio.

El convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 reconocía también la diversidad de los sistemas de normas de conflicto internas de cada Estado, las cuales deben ser aplicadas también en el ámbito internacional cuando afecten a un ciudadano que no pertenece a dicho Estado. Quizá sea la única solución posible en este momento, pero estimamos que el Reglamento Comunitario debiera pronunciarse sobre este extremo para evitar la inseguridad jurídica derivada de tal laguna.

Las normas sucesorias en los sistemas civiles de las Comunidades españolas con Derecho propio están muy conectadas con el sistema matrimonial de bienes, por lo que es también deseable que se contemple esa relación, o al menos se haga alguna referencia a ella. La troncalidad vasca no se concibe sino dentro de un sistema que establece como régimen de los bienes el de comunicación de bienes, por el que todos se hacen comunes por mitad entre marido y mujer.

Cuestión 2. *¿Qué criterio de vinculación hay que utilizar para determinar la ley aplicable?*

Los miembros de la Academia mantienen opiniones diversas sobre esta materia, pero es unánime la convicción de que sería deseable hallar un punto de conexión común, al menos para los países de la Unión Europea.

En España, la ley aplicable a partir de la publicación del Código Civil es la ley nacional del causante en toda clase de conflictos entre la ley española y la de otros países y concretamente en “la sucesión por causa de muerte” (art. 9 del Código Civil) mientras la ley de la vecindad civil se aplica en los conflictos entre diversas leyes internas (art 14 del mismo Código). En materia de competencia judicial rige en España el reglamento del Consejo de Europa de 22 de diciembre de 2000 pero no en materia de testamentos y sucesiones, excluidos expresamente por el artículo 1.1.

En España la ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 en su artículo 22 establece unas normas de competencia que reservan a los Tribunales españoles algunas cuestiones como las relativas a sociedades domiciliadas en España, las inscripciones en un Registro español, etc y las que las partes les hayan sometido expresa o tácitamente. Y es de destacar la competencia que atribuye a los Tribunales españoles el párrafo tercero, en el que aunque se respeta de algún modo el principio de la nacionalidad, el criterio predominante para la fijación de la competencia es el domicilio o la residencia habitual. Según este texto los Tribunales españoles son competentes:

3º En defecto de los criterios precedentes y en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español; en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los menores e incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España; en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España; en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español; en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España; en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual en España; en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda; en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España.

El Convenio europeo de 1 de agosto de 1989 en su artículo tres combina la residencia habitual con la nacionalidad como ley aplicable a las sucesiones e incluso hace prevalecer la residencia habitual si se ha prolongado durante cinco años antes de la muerte del de cujus. o si coincide con la ley nacional. Nos agrada comprobar que este criterio se aproxima al concepto de vecindad que en España rige los conflictos interregionales.

También es interesante hacer notar que la voluntad del titular de los bienes tiene en la vecindad española un papel determinante para decidir la ley aplicable, optando por la ley del lugar de residencia o por mantener la ley de origen, con una lejana analogía con lo dispuesto en el artículo 5 del convenio.

Desde el punto de vista vasco no hay inconveniente en aplicar a los inmuebles la ley del País en el que están situados, que era la vigente en España en los conflictos interregionales anteriores a la aprobación del Código Civil, muy influido por la moda manciánica. Pero lo que en otras materias puede ser algo conveniente se convierte en una exigencia ineludible cuando queramos aplicar las normas sobre la territorialidad que, como hemos dicho, es territorial por esencia. Proponemos una reserva que diga:

La sucesión en los bienes inmuebles se regirá siempre por la ley del lugar en que estén situados cuando se trate de normas de carácter imperativo que defiendan la familia o el patrimonio familiar

Debemos añadir que, como se prueba por las consideraciones precedentes, a nuestro juicio la sustitución de la ley nacional por la ley de la residencia del causante no presentaría problemas importantes en España

Cuestión 3. *¿Cual debe ser la ley aplicable a la capacidad general para testar, la validez de la forma de los testamentos, el fondo de los testamentos, los testamentos mancomunados, los contratos de herencia, la revocación de los testamentos?.*

Sin atender a otros epígrafes que no son el objeto de este informe comentamos los siguientes:

Forma de los testamentos. En la primera redacción del Código Civil español (art. 11) se estableció como ley aplicable a la forma de los testamentos la del lugar en que se otorguen. Pero la reforma realizada en el título preliminar en 1973, con un criterio mucho más amplio, recoge en esencia las prescripciones del Convenio europeo de La Haya de 5 de octubre de 1961. Dice el artículo 11 hoy vigente en su párrafo primero que:

Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigibles por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del dispo-

nente o a la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.

Como el Convenio de la Haya de 1961 fue suscrito y ratificado por España forma aparte del ordenamiento interno y tiene un valor prevalente sobre la propia ley conforme al art. 96 de la Constitución.

La Academia Vasca se inclina por aceptar las previsiones del citado convenio de La Haya, pues creemos que hay que resolver las dudas haciendo un esfuerzo por mantener la validez del testamento. Un testamento debería ser válido si lo es por el lugar de otorgamiento, por la nacionalidad o vecindad del testador, por la ley del lugar en que reside o por aquella en que haya residido. Lo importantes respetar la voluntad del otorgante. Respecto de los inmuebles repetimos que es esencial que se aplique la ley vizcaína en cuanto a la troncalidad y que esta institución no esté a disposición de la voluntad del testador, pues no podría subsistir. Creemos que el Reglamento comunitario que se publique debe incorporar una cláusula de compatibilidad entre la normativa comunitaria y el Convenio de 1961 respecto de aquellos Estados que lo ratificaron e incorporaron a su ordenamiento.

Hasta la publicación del Fuero de 1452 en Vizcaya todos los bienes estaban a la libre disposición del testador, había libertad absoluta de testar, con una sola excepción, los bienes troncales que eran los inmuebles (llamados bienes raíces) que habían pertenecido a la familia. La legítima se importó de Castilla, pero la troncalidad es profundamente vizcaína. No tenemos ningún inconveniente en que se utilice cualquiera de las formalidades previstas en el Código Civil para disponer sobre los bienes incluso los troncales. Lo importante es que, en cuanto al fondo, se respeten siempre las normas que rigen la troncalidad cuando se encuentren situados en Vizcaya.

Los testamentos mancomunados y los testamentos por poder. Añadimos el testamento por poder a la cita que hace la encuesta de los testamentos mancomunados, porque en ambos casos se quebranta el principio mantenido por los Códigos que declaran personalísimo el testamento.

Los testamentos mancomunados más frecuentes en Vizcaya son los otorgados por los cónyuges y no planteaban ningún conflicto en cuanto a la ley aplicable mientras el Código Civil establecía, tanto para la nacionalidad como para la vecindad civil, el principio de que la mujer sigue la condición y nacionalidad del marido. En esta situación solamente había que considerar la ley del marido.

Este principio de unidad desapareció en la Constitución española de 1978 siguiendo la tendencia internacional que se manifestó en la convención internacional de 14 de marzo de 1978 que eliminó la presunción de una nacionalidad común. A nuestro juicio los problemas surgen del error de convertir un vínculo político, la nacionalidad, en un vínculo civil, ignorando la necesidad de dar al matrimonio una ley civil común.

La nueva situación plantea serios problemas cuando los cónyuges tienen nacionalidad o vecindad diferente. Nos inclinamos por admitir la validez del testamento mancomunado cuando la ley de uno cualquiera de los otorgantes la admita, pues tratándose de una ampliación de la libertad no se quebranta ningún derecho, aunque, por supuesto, las disposiciones que se otorguen en mancomún deberán respetar las normas obligatorias que establezcan las leyes aplicables en cuanto al fondo de las disposiciones testamentarias.

Problemas parecidos plantean los poderes testatorios, que no solamente se dan entre cónyuges sino entre parientes o amigos. ¿Quién debería tener la capacidad para otorgar este testamento, o en qué forma debería ser otorgado? Nuestra opinión se inclina a que para otorgar el acto debería bastar la vecindad civil vizcaína de cualquiera de los otorgantes y a su propia ley se acudiría para regular la forma o el contenido de las disposiciones.

En la legislación española no sólo no se regulaba el testamento por comisario sino que se prohibía terminantemente al menos hasta la reforma de 18 de noviembre de 2003, por lo que hemos de preguntarnos en primer término, antes de hablar de la capacidad de las partes, de la posibilidad de otorgar este tipo de testamento que era común antes de la codificación.

En nuestra opinión la subsistencia de los poderes testatorios exige que pueda otorgarse por cualquiera de los cónyuges, pues si el marido lo puede otorgar y la mujer no, o viceversa, se quebrantaría el principio de igualdad que debe regir el matrimonio.

En los poderes testatorios otorgados entre parientes o extraños, quien debe tener la vecindad vizcaína es el otorgante.

Los contratos de herencia. Pedimos que se añadan los pactos sucesorios reconocidos en casi todas las legislaciones de las Comunidades Autónomas de España y en el Derecho comparado.

El pacto sucesorio es trascendental en Vizcaya, bien se otorgue antes de la celebración del matrimonio o después de ella. El pacto viene siendo considerado como una especie de ley familiar en cuanto al gobierno y destino de los bienes.

A nuestro juicio el pacto sucesorio otorgado en conformidad con la ley vizcaína debe ser válido siempre que uno de los cónyuges sea vecino de Vizcaya. Y si en el pacto se estipula la ley aplicable al régimen de bienes, dicha ley deberá ser aplicada en los términos pactados.

La excepción tradicional de orden público no se aplicó en España cuando la institución objeto de litigio estaba admitida en alguna de sus Comunidades con Derecho foral. Por ejemplo, la terminante prohibición de los testamentos mancomunados, incluso si se celebran en el extranjero no podía considerarse como norma de orden público, puesto que el Estado admitía los testamentos mancomunados de los territorios forales.

La encuesta no contempla este problema, que hoy sigue vivo en Europa, aunque fundamentalmente la excepción se aplica a normas de países no europeos, como los musulmanes. Se ha considerado, por ejemplo, que es contraria al orden público la norma de algunos países que otorgan a las hijas una legítima inferior a los hijos. Pero puede ocurrir que algún País europeo considere de orden público el carácter personalísimo del testamento y se oponga a la validez del testamento mancomunado o de los poderes testatorios

Del mismo Modo que la categórica prohibición del Código civil no se consideró en España como fundamento de la excepción de orden público, porque no regía en los territorios forales, podemos esperar que, en los países de la Unión Europea no se haga uso de la excepción puesto que todos los países acatan las declaraciones de Derechos desde la Convención europea de 1950. Si alguna norma de este estilo subsiste sería impugnable conforme al propio Derecho europeo ante el Tribunal de Luxemburgo. Por tanto, postulamos que no se admita la excepción de orden público respecto a la aplicación de las normas de cualquier país integrante de la Unión europea.

Cuestión 5. *¿Hay que admitir la posibilidad de que el futuro de cujus elija la ley aplicable a la sucesión, con o sin el acuerdo de sus herederos? ¿Es necesario extenderla a los herederos tras la apertura de la sucesión?*

En la legislación española no se admite la posibilidad de que el testador pueda elegir a su arbitrio la ley aplicable a la sucesión. Sin embargo, en los conflictos interregionales, se admite, en ciertas circunstancias, que el testador pueda optar entre la ley de la vecindad y la residencia.

No obstante, dado que el criterio de la nacionalidad del causante como vinculante va perdiendo su prestigio no causaría ninguna perturbación que la ley permitiera elegir entre la ley de la residencia del testador o su ley nacional e incluso la del domicilio de origen. Una mayor extensión de esta libertad, como la que hace el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, tropezaría entre nosotros con el carácter irrenunciable de las leyes que rigen la troncalidad.

Cuestión 14. *¿Es deseable llegar a la unicidad de fuero en materia sucesoria? ¿Es posible abandonar el foro de ubicación de los inmuebles? Si debiera establecerse un único criterio general ¿cuál sería?*

La legislación vasca admite la validez de las decisiones de cualquiera de los tribunales del Estado aunque sus decisiones alcancen a bienes situados en distintas Comunidades Autónomas, pero existe un último recurso de casación, que se tramita en el

Tribunal Superior que corresponda según la ley aplicable. Es decir que un recurso sobre troncalidad se resuelve en último término en el Tribunal Superior vasco.

Este criterio es difícilmente trasladable al ámbito internacional, en el que se desconoce la troncalidad o la vigencia de los poderes testatorios.

Cuestión 29. *¿Puede preverse el reconocimiento de pleno Derecho en todos los Estados miembros de la designación y los poderes de terceros administradores?*

Aunque esta pregunta está pensada para otras realidades diferentes, que sobre todo se producen en el mundo anglosajón, debemos recordar de nuevo los poderes testatorios de nuestro Derecho civil que tienen algunas similitudes con el trust inglés. El comisario designado en el testamento por poder tiene un gran número de facultades entre las que se encuentra la de administrar el patrimonio hereditario e incluso disponer de los bienes en algunos casos. Si el comisario es el cónyuge del premuerto, como ocurre en el mayor número de casos, tiene además el usufructo universal hasta que haga uso de sus poderes. Estimamos que una ley de conflictos no puede vaciar de contenido una institución secular.

En términos generales pensamos que podría tomarse en consideración el convenio celebrado entre España y el Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el 30 de mayo de 1961 en el que se otorga al Cónsul de cada País, la representación de sus nacionales en lo concerniente a sus intereses en la herencia o en los bienes como si se hubiera otorgado poder especial a su favor.

Cuestión 22. *Competencia de autoridades no judiciales. ¿Es necesario prever que la norma de competencia armonizada se aplique también a otras autoridades que pueden intervenir en materia de sucesiones?*

La mayor parte de las sucesiones en España se resuelven bajo la autoridad y el asesoramiento de un notario y entende-

mos que sería muy conveniente que sus documentos fueran validados en toda Europa.

Cuestión 33. *El certificado europeo de heredero. ¿Qué efectos podrían atribuirse al certificado?*

En España tenemos la experiencia del Registro de actos de última voluntad, creado por R.D. de 14 de Noviembre de 1885 que facilita notablemente la apertura de la sucesión, testada o intestada, mediante la exhibición de un certificado que acredita si hubo o no testamento y, en caso afirmativo, donde y cuando se extendió. Este Registro lo valoramos muy positivamente y creemos que sería excelente si se creara un certificado europeo, pues cada vez con más frecuencia se presentan sucesiones de personas de otros países de Europa o españoles que otorgaron testamento en esos países y resulta en tal caso necesaria una difícil investigación. El Registro español tuvo en su inicio muchas dificultades pero en la actualidad funciona razonablemente bien y permite conocer, quince días después de la muerte, si el fallecido otorgó testamento y la oficina o notaría en que lo hizo. Hoy el Registro está informatizado y no se tramita ninguna sucesión sin el correspondiente certificado del Registro. Sería muy bueno, también para los españoles, que se creara un Registro europeo.

Trasladamos estas reflexiones a la Comisión europea con el deseo de que sean tomadas en consideración. La Comunidad Autónoma del País Vasco se extiende en una superficie pequeña, pero forma parte de Europa e incluso habla el más antiguo de los idiomas europeos y mantiene usos y costumbres que vienen de una remota antigüedad. No pensamos que la unidad de Europa, tan respetuosa con la diversidad, se logre con la pérdida de nuestras más viejas instituciones.

Elevamos estas reflexiones a los promotores de la encuesta desde Bilbao, a 20 de julio de 2005.

Academia Vasca de Derecho