

MANUEL RICARDO LEZÓN NOVOA

JOSÉ MARÍA SCALA LÓPEZ DE LA PEÑA

TEXTOS DE DERECHO CIVIL FORAL DE VIZCAYA (1946-1988)

Introducción y edición
Andrés M. Urrutia Badiola

Presentación
Adrián Celaya Ibarra (†)

11 Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak



AVD-ZEA
Academia Vasca de
Derecho
Zuzenbidearen
Euskal Akademia

Dykinson, S.L.

 Registradores del País Vasco
Euskal Herriko Erregistratzaleak

Argitalpen honek HAEE-IVAP erakundearen dirulaguntza jaso du.

Textos de Derecho civil foral de Vizcaya (1946-1988) / Manuel Ricardo Lezón Novoa; José María Scala López de la Peña. Introducción y edición: Andrés M. Urrutia Badiola. Presentación: Adrián Celaya Ibarra. Bilbao: Dykinson 2025. Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho. 308 p. : il. bl. y n. ; 15x21 cm. - (Colección ‘Clásicos del Derecho Vasco’ = ‘Euskal Zuzenbidearen Klasikoak’ bilduma; 11)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.

Para mayor información véase “http://www.dykinson.com/quienes_somos”

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, almacenada o transmitida, en todo o en parte, en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, mecánico, de fotocopia, de grabación magnética u otro sistema de almacenamiento o recuperación de la información, sin permiso previo del editor y los autores.

Eskubide guztiak erreserbaturik daude. Argitalpen hau, zatiz edo osorik, ezin kopia daiteke ez eta bildu edo igoり inola ere, dela elektrikaz, dela mekanikaz, dela fotokopiaz, dela grabazio magnetikoz, dela bestelako informazio biltze eta berreskuratze sistemaz, baldin eta lehendaurrez egileen eta argitaratzalearen baimenik ez badu.

© Herederos de Manuel Ricardo Lezón Novoa

© Herederos de José María Scala López de la Peña

© Herederos de Adrián Celaya Ibarra

© Presentación: Adrián Celaya Ibarra

© Introducción y edición: Andrés M. Urrutia Badiola

© ACADEMIA VASCA DE DERECHO

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

www.avd-zea.com

Editorial DYKINSON, S.L.

Meléndez Valdés, 61. 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 • (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> • <http://www.dykinson.com>

Diseño: Ikeder, S.L.

ISBN: 979-13-7006-801-1

Depósito legal: M-25528-2025

ÍNDICE GENERAL / AURKIBIDEA

TEXTOS DE DERECHO CIVIL DE VIZCAYA (1946-1988)

| | |
|--|-------|
| 11. La Colección “Clásicos de Derecho Vasco” “Euskal Zuzenbidearen Klasikoak” bilduma | |
| <i>Presentación del Presidente de la Academia,</i> Andrés M. Urrutia Badiola | IX |
| Andrés M. Urrutia Badiola <i>Akademiako Lehendakariaren aurkezpena</i> | XI |
| | |
| I. Agradecimientos y nota sobre la edición, la toponimia y la onomástica vascas/ Eskerrak ematea. Argitaraldia, euskal toponimia eta onomastikari buruzko oharra | xiii |
| | |
| II. Presentación: Adrián Celaya Ibarra (†) <i>Recuerdos de José María Scala y Manuel Ricardo Lezón Novoa</i> | xvii |
| | |
| III. Introducción: Andrés M. Urrutia Badiola <i>Elementos para el estudio del Derecho civil foral de Vizcaya en la posguerra: Lezón y Scala, operadores jurídicos</i> | xxxii |
| | |
| IV. Textos de Manuel Ricardo LEZÓN NOVOA | |
| | |
| 1. LEZÓN NOVOA, M. R.: «Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero de Vizcaya (anterior a la Compilación de esa región)». En <i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i> . 1946, núm. 216, págs. 298-309 | 5 |

2. LEZÓN NOVOA, M. R.: «Los llamamientos forales..... 19
vizcaínos en los casos de venta de bienes raíces
a parientes del vendedor (anterior a la Compilación
vizcaína)». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
1951, núm. 283, págs. 932-937
3. LEZÓN NOVOA, M. R.: «Las dos legislaciones civiles.....27
vigentes en Vizcaya». En *Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario*. 1963, núm. 426-427, págs. 796-810
4. LEZÓN NOVOA, M. R.: «El derecho privado 43
vasco-navarro ante la codificación». En *Estudios
de Deusto*. 1972, vol. 290, págs. 97-100
5. LEZÓN NOVOA, M. R.: «¿Puede ser nombrado 51
heredero único el nieto viviendo el padre?». En *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*,
diciembre 1975, núm. 108, págs. 1011-1017
6. LEZÓN NOVOA, M. R.: «El poder testatorio» 61
*VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI / Bizkaia
XXI. mendearen aurrean, VI. Jardunaldiak. Actualización
del Derecho civil vizcaíno y Jurisprudencia*,
(Ossa Echaburu, R., coord. y dir.).
Bilbao: Bizkaiko Foru Aldundia/Diputación Foral
de Bizkaia, 1988, tomo 2, págs. 369-374

V. Textos de José María SCALA LÓPEZ DE LA PEÑA

1. SCALA, J. M.: «Del Infanzonado y los bienes 71
de la Tierra Llana». En *Urbis*. 1959,
núm. 24, págs. 23-55
2. SCALA, J. M.: «La troncalidad en el Derecho Foral 105
de Vizcaya». En *Urbis*. 1963, núm. 38, págs. 33-52

3. SCALA, J. M.: «La troncalidad en el Derecho Foral 125 de Vizcaya». En *Urbis*. 1963, núm. 39, págs. 35-49
4. SCALA, J. M.: «La troncalidad en el Derecho Foral 143 de Vizcaya». En *Urbis*. 1963, núm. 41, págs. 11-26
5. SCALA, J. M.: «Adopción por aforado vizcaíno» 161 En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*. 1982, núm. abril, págs. 19-36
6. SCALA, J. M.: «La costumbre como fuente del 181 Derecho foral vizcaíno». En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*. 1982, núm. abril, págs. 37-47
7. SCALA, J. M.: «Apartamiento del padre en favor 193 del nieto» En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*. 1982, núm. mayo-agosto, págs. 13-37
8. SCALA, J. M.: «Legados en el testamento por..... 219 comisario» En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya del Señorío de Vizcaya*. 1982, núm. mayo-agosto, págs. 37-47

LA COLECCIÓN “CLÁSICOS DE DERECHO VASCO”

Cuando se han cumplido más de veinte años de la creación de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, retoma su camino esta colección de *Clásicos de Derecho Vasco-Euskal Zuzenbidearen Klasikoak* destinada a difundir los trabajos de diferentes autores que a lo largo de la historia han analizado las instituciones del Derecho civil vasco en sus diferentes territorios.

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, el conocimiento de las instituciones históricas de ese Derecho civil vasco resulta un requisito imprescindible para su avance y calado social. En efecto, la existencia de una vecindad civil vasca y un conjunto de disposiciones que posibilitan la aplicación de un Derecho civil para todos los ciudadanos de la Comunidad Autónoma Vasca hace especialmente relevante la publicación de los textos que, a lo largo del último siglo y medio, supusieron un oasis en el escaso cultivo doctrinal del Derecho civil vasco.

De ahí la oportunidad de reunir en un único volumen una serie de trabajos diversos de Manuel Lezón y José María Scala, que fueron dos de los pocos cultivadores del Derecho civil de Vizcaya y por extensión, del Derecho civil vasco en la posguerra. Tenemos la suerte, además, de disponer de la presentación que hace veinte años preparó el maestro Adrián Celaya Ibarra y que a pesar de sus esfuerzos y de los del inolvidable Javier Oleaga, presidente y secretario de la Academia, no habían fructificado hasta ahora en una publicación como esta, que ahora se pone a disposición del público.

Continúa así la colección “Clásicos de Derecho Vasco-Euskal Zuzenbidearen Klasikoak”, nuestra colección azul, que, además, se ha visto enriquecida no solamente por la publicación en papel de estos textos, sino por su inserción en la página web de la Academia (<http://www.avd-zea.com>), a fin de cumplir el objetivo fundamental de esta colección, que es el de la difusión de los textos clásicos de Derecho civil vasco.

No termina aquí el afán de la Academia, que proseguirá en esta labor de recuperación de materiales con la que cumple uno de sus fines primordiales, que, en este caso, alcanza un hito largamente anhelado.

Es necesario citar y dar las gracias a los Registradores del País Vasco, al Ayuntamiento de Bilbao y a la Editorial Dykinson S.L. su colaboración , que ha hecho posible la edición de esta obra.

Es de justicia agradecer especialmente a las familias de Manuel Ricardo Lezón y José María Scala que hayan facilitado esta edición que ahora queda bajo la responsabilidad de la Academia Vasca de Derecho, sobre todo a la hora de trasladar su contenido a las jóvenes generaciones de juristas vascos, que desconocen en gran medida su existencia.

Andrés M. Urrutia Badiola

Presidente

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia

“EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK” BILDUMA

Zuzenbidearen Euskal Akademia sortu eta hogei urte baino gehiago igaro direnean, berriro dator plazara *Euskal Zuzenbidearen Klasikoak* bilduma. Izan ere, horren helburu nagusia da historian zehar Euskal Zuzenbidearen erakundeak aztertu dituzten legelarien lanak zabaltzea eta gizarteratzea, euskal herrialde desberdinetan.

Gaur egun, Euskal Zuzenbide Zibilaren 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, indarrean jarri ondoren, Euskal Zuzenbide zibilaren erakundeen ezagutza nahitaezkoa da horien aurrerakuntzarako eta aldi berean gizartean araubide hori erro-errotik barneratzeko.

Hainbatez, egungo euskal auzotasun zibilak ahalbidetu du Euskal Autonomia Erkidegoaren herritar guztientzat indarrean izatea halako xedapenak, euskal zuzenbide zibil erkidea dakartenak. Horrexegatik da guztiz beharrezkoa azken ehun eta berrogeita hamar urtetan argitaraturiko testuak berriro hedatzea, horiek egundoko salbuespenak izan zirelako Euskal Zuzenbide zibilaren ikerketan.

Horra hor, bada, liburuki batera bilduta, hor-hemen barreiaturik dauzen Manuel Ricardo Lezón eta José María Scala bikotearen hainbat testu, horiek izan zirelako, gerra osteko latz eta lehorrean, Bizkaiko eta Euskal zuzenbide zibiliari eutsi zioten bakanetarikoak. Sekulako aukera dugu, bestalde, esku-eskura dugulako Adrian Zelaia maisuak aspaldi idatzi zuen aurkezpena gozatzeko. Bera eta Javier Oleaga albora ezina izan ziren, besteak beste, Akademiaren burua eta idazkaria, oinarri sendoak bere garaian agertu ez baina orain irakurlearen eskuetara datorren liburu honen bultzatzaleak.

Hartara, “Euskal Zuzenbidearen Klasikoak” bildumak jarraitutasuna lortzen du, eta gure bilduma urdina izaten jarraitzen du. Nolanahi ere, paperean zein webgunean datorkigu oraingoan (<http://www.avd-zea.com>) betidanik izan duen jomuga hobeto bete nahian. Hitz batez esateko, Euskal Zuzenbide zibilaren testu klasikoak ahalik eta zabalen ibil daitezen ahalegintza.

Hau ez da azken emaitza, Akademiak jarraituko baitu testu horien berreskuratze zereginetan. Izatez, oraingo honekin lehenetsitako helburuak eskuratzentzu diru eta esan gabe badoa ere, aspalditik amesten zuena, errealtitate egin du.

Ezinbestekoa izan da argitalpen hau gauzateko orduan, Euskal Herriko erregistratzaleak, Bilboko Udal eta Editorial Dykinson S.L. erakundeek eman duten laguntza. Bihoazkie hiruei gure esker onak!

Eskertu ditzagun bereziki Manuel Ricardo Lezón eta José María Scalaren familiakoak, horiek erraztasunak eman baitituzte argitalpen hau gauzatzeko. Orain Zuzenbidearen Euskal Akademiaren txanda da, argitalpen honen edukia eraman dezan euskal legelari gazteen eskuetara, horiek, neurri handi batean, ezagutzen ez baitute hemen barneratutakoa.

Andrés M. Urrutia Badiola

Lehendakaria

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia

I

Agradecimientos y nota sobre la edición,
la onomástica y la toponimia vascas

*Eskerrak ematea. Argitaraldia, euskal
toponimia eta onomastikari buruzko oharra*

La Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia expresa su agradecimiento a los familiares de Manuel Ricardo Lezón Novoa y José María Scala López de la Peña, así como al Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, al Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia y a la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País por facilitar la utilización de los artículos de este libro, que confiamos contribuirá a un mejor conocimiento del Derecho civil vasco.

En lo relativo a la toponimia y onomástica vascas, se ha respetado la utilizada por los autores y empleada en el momento de la publicación de los textos, sin perjuicio de modernizar la grafía en algunos casos en los textos de introducción.

La edición se hace en facsímil si bien se le da una paginación propia dada la heterogeneidad de los materiales reunidos, cuya reseña bibliográfica original se hace al comienzo de cada uno de ellos.



Zuzenbidearen Euskal Akademiak eskerrak ematen dizkie, lehendabiziz Manuel Ricardo Lezón Novoa eta José María Scala López de la Peña zireneng familiakoei. Orobata, Espainiako Jabetza Erregistratzaile eta Merkataritzako Erregistratzaileen Elkargoari, Bizkaiko Abokatutza Elkargoari eta Euskalerriaren Adiskideen Elkarteari, argitalpen honen testuak erabiltzeko erraztasunak eman dituztelako. Helburua argi dago, euskal zuzenbide zibilaren ezagutza zabaltzea eta areagotzea.

Euskal toponimia eta onomastikaren aldetik, gorde da egileek erabilitakoa eta unean unekoa. Hala ere, sarrera eta aurkezpen testuetan grafia eguneratu da zenbait kasutan.

Argitaraldia faksimile erara egin da. Hala ere, orrialdeen zenbakitze propioa eman zaio, bertara bildutako materialen jatorri desberdinak aintzat harturik. Edozein modutan ere, jatorrizko testuen aipamen bibliografikoa kasu bakotzean moldatu da. Aipamenak argitaraldiaren zenbakitze horren arabera egiten dira.

II

[PRESENTACIÓN]

Adrián Celaya Ibarra (†)

Recuerdos de José María Scala y Manuel Ricardo Lezón Novoa

—Texto redactado en 2005 / 2005. urtean idatzia—

Estoy convencido de que en nuestra posguerra, y no solamente por causas políticas, hubo un largo silencio sobre la historia y el contenido del Derecho civil de Vizcaya, y quisiera recordar a aquellos que, a mi juicio, contribuyeron a romper este vergonzante silencio.

Para entender lo que significó en nuestro Derecho la llegada de juristas como Scala o Lezón, creo necesario volver a nuestra historia reciente y ver cómo va despuntando el Derecho civil, tan vivo en la práctica durante siglos, saliendo lentamente del silencio casi total en que se hallaban nuestros estudios y la falta de cualquier sistematización o de exposición teórica de nuestro Derecho.

Hay demasiados años oscuros en el desarrollo de nuestra cultura y muy especialmente en lo que se refiere a nuestro Derecho, es decir a los Fueros, sobre todo en el campo del Derecho privado. Los Fueros se defienden con el corazón y a veces con la fuerza, pero no con la reflexión y el razonamiento. En buena parte la causa de esta carencia se halla en la falta de una Universidad, pero ¿por qué no tuvimos Universidad si los vascos viajaban por toda Europa?

Al llegar el siglo XIX la cultura se va haciendo más intensa, aunque no más difundida, y tampoco son muchos los estudios jurídicos entre nosotros. El Fuero, de 1452, que hoy creemos trascendental, en el siglo XIX no era conocido, pues nunca había sido impreso, y solamente a fin de siglo se dio a conocer, por la versión que recogía Labayru en su tomo III de la *Historia de Bizkaia* y en la edición de Astuy en 1912, aunque se trataba claramente de dos copias distintas.

Los abogados, que debían hacer valer la ley foral ante los tribunales se habían educado en las Universidades que no la enseñaban y solamen-

te los alcaldes de Fuero y los prácticos la utilizaban en los tribunales forales y fuera de ellos quizá ni la conocían, aunque la ley castellana reconocía la existencia de leyes *locales* plenamente vigentes.

El siglo XIX es el del romanticismo, pero también el del liberalismo y estas dos formas de pensar dejaron fuerte huella entre nosotros. El mundo del Derecho vasco, con una visión liberal o una visión romántica, comenzó a moverse en direcciones contradictorias.

La Revolución francesa introdujo en Europa el movimiento codificador, que pretendía sustituir las leyes dispersas de los ordenamientos vigentes por una única ley elaborada bajo los nuevos principios que se fundaban en la razón natural. Pero la codificación, al estilo francés, venía acompañada de un espíritu fuertemente centralizador, que no admitía divergencias sobre la ley general. *Una sola nación, una sola ley*. A partir de entonces todos los territorios y regiones francesas se sometieron a una ley civil única.

España, que era un todo compuesto de una diversidad de pueblos y de leyes, se veía también en el trance de elaborar un Código general como lo exigían las corrientes de pensamiento que corrían por toda Europa. Con esta idea se hicieron varios proyectos centralizadores y unificados; pero pronto apareció la resistencia de algunos territorios, singularmente Aragón y Cataluña que pretendían mantener su diversidad. A pueblos diversos deben corresponder costumbres y leyes diferentes.

En el País Vasco, en el que se hablaba constantemente de Fueros, las disputas foralistas se centraban en torno al Derecho Público, cuya trascendencia es innegable, aunque la modernidad exige reformas; pero muy pocos reivindicaron la vigencia de nuestro Derecho Privado, que constituye una buena parte del contenido de nuestras leyes forales.

Sin embargo no faltaron voces que en plena fiebre codificadora, reclamaban el respeto a nuestras instituciones civiles. En el tomo 7 de esta colección hemos presentado algunos testimonios que muestran el apego de los vizcaínos, ya en el siglo XIX, a sus viejos usos y costumbres. Pero son pocos los cultivadores del Derecho civil foral, pese a que este Derecho estaba plenamente en vigor en el territorio vizcaíno y el Tribunal Supremo reconocía también las costumbres de Guipuzcoa.

Al llegar el siglo XIX en medio de la época romántica aparece la memoria de Antonio Trueba, dirigida a la Exposición Universal de París en la que hace un *bosquejo de la organización social de Vizcaya*, presentando las costumbres de Vizcaya con encendidos elogios que parece que en el Jurado de París produjeron mucho efecto y hasta incredulidad en algunos de sus miembros. Pero no hay que olvidar que Trueba no era jurista y el bosquejo tiene mayor valor literario que jurídico.

Así y todo consiguió que el Jurado se encerrara en un apasionado debate que la Academia ha recogido en el citado tomo 7 de esta colección, desde la página 75 hasta la 109 y que muestra, aparte de la originalidad del régimen vizcaíno, que las diferencias entre el modelo francés y el vasco podían ser insalvables.

Trueba era un escritor romántico, no un jurista. En el mismo tomo 7 de la serie azul transcribía la Academia un artículo de Miguel Unamuno, que tampoco era un jurista. Se titulaba *Derecho consuetudinario de Vizcaya* y estaba escrito en 1896, un tiempo en el que vivía su fervor foralista y justificaba esta intrusión porque temía que en la polémica sobre los Fueros, los vizcaínos no se pararan a analizar las costumbres y se corría el peligro de que se olvidaran. La descripción que hace Unamuno de las viejas costumbres, no ha sido, en mi opinión superada hasta la obra de Vicario; pero ambos más que recoger las costumbres se paraban en viejas prácticas, como observaría años más tarde Ramón de Madariaga.

Pero el siglo XIX seguía adelante y avanzaba el movimiento codificador, bajo el modelo centralista que imitaba al Código francés de 1804, es decir, con un sentido de unificación, de fuerte centralismo.

Y ya en el último tercio de siglo apareció un gran jurista vizcaíno, don Ángel Allende Salazar, guerniqués, que tras cursar el bachillerato en Bilbao se doctoró en Derecho en Madrid. Afiliado al partido liberal reformista llegó a ser vicepresidente de la Academia Nacional de Jurisprudencia, pero su vida fue breve. Murió a los treinta años de edad y fue enterrado en Guernica, como era su deseo.

Allende Salazar no admitía que al amparo de unas ideas liberales se pretendiera regir la vida de los pueblos de un modo uniforme. La unidad es la vida y la uniformidad es la muerte, repite una y otra vez .

Si las provincias españolas son tan diferentes entre sí es difícil y tal vez imposible que se plantee en ellas un mismo régimen público llevando la unificación hasta los últimos detalles, pero lo que es de todo punto irrealizable, según Allende Salazar, es asimilar las relaciones individuales y familiares de todas las provincias.

La solución que proponía Allende es la elaboración de cinco Códigos para Castilla, Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya, *Al fin y al cabo más valen cinco Códigos que un millón de leyes visigóticas, feudales, francesas, indígenas, anticuadas unas, dudosas, muchas veces contradictorias, que hoy constituyen la desesperación de los litigantes y hasta de los letrados.*

Pero aún no aparecen entre nosotros los grandes estudios de nuestro Derecho civil, que abundaban en Francia a partir del Código de Napoleón, venerado como una gran gloria francesa y que introdujo en el País el más cerrado centralismo. A lo largo del siglo en Alemania se produjeron grandes obras y comentarios jurídicos, que ponían en duda la necesidad de un Código Civil y crearon una importante escuela romanista. Más tarde, un movimiento positivista produjo más avances en la racionalización del Derecho y acabó el siglo con la publicación del B.G.B. el Código alemán que nacía poco después de que Alemania empezara a surgir en la historia como un Estado nuevo e independiente. El Derecho alcanzó un alto grado de sistematización en lo que, también en el campo jurídico, puede llamarse el siglo de oro alemán.

En España, el movimiento foralista avanzó hasta el punto de que forzó a la Comisión de codificación a buscar fórmulas de convivencia con las legislaciones forales. Casi al final de siglo, la ley de bases de 1888 optó por elaborar un Código único para todo el país pero añadiendo en sus bases 5 y 6 que *las provincias y territorios en que subsista Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario por la publicación del Código.* Este texto se recogió literalmente en el artículo 12 del Código.

La codificación que finalmente se llevó a cabo, tuvo una trascendencia inmensa, no solamente en el territorio sujeto plenamente al Código sino también en los territorios forales. Aparentemente se mantie-

nen vivos los sistemas forales pero con la salvedad establecida en dos palabras de la base 5 y artículo 12 del código finalmente aprobado:

“*Se conservarán*” dice el texto, es decir, se mantendrán como están, inmovilizados sin poder avanzar ni retroceder. Un sistema jurídico vivo debe estar en movimiento, y alterándose según la realidad cambiante. Si no se renueva perece. Además, todos los territorios forales estimaban indispensables las modificaciones, dado que tenían cerradas las fuentes de su Derecho, sus Parlamentos o Juntas, desde hacía muchos años, bajo la unidad de la Monarquía que se proclamaba en política.

El otro fonema es “*Por ahora*”, que hace provisional el respeto a las leyes forales, y que es también una amenaza. Significa que el Estado asume la potestad de alterar o eliminar libremente los sistemas territoriales en que rige una ley civil foral.

El Código dejaba claro que iba a ser de aplicación general y las excepciones forales aparecían como una formas algo extravagantes.

No obstante, por lo que se refiere a los estudios de Derecho foral en Vizcaya, el Código provocó una gran actividad y se producen en el período inmediato los más abundantes y los mejores trabajos sobre el Derecho foral vizcaíno. No puede decirse lo mismo del Derecho o las costumbres de Guipúzcoa o Álava, aunque es de anotar la valiosa aportación de la obra de don Luis María Uriarte Lebario, aparecida en 1912 sobre “*El Fuero de Ayala*” y los estudios de Bonifacio Echegaray sobre las costumbres de Guipúzcoa

En Vizcaya hubo una larga proliferación de estudios sobre el Derecho foral en Vizcaya, como nunca se habían conocido. Es posible que la causa, además de la publicación del Código fuera la formación de una comisión especial que debía elaborar un proyecto de apéndice al Código Civil en los territorios forales, lo que obligó a muchos profesionales a meditar sobre el tema.

Lo cierto es que ya en 1891 aparece el primer estudio con la pretensión de comentar ordenadamente el Derecho civil de Vizcaya, titulado *Leyes civiles de Vizcaya* obra de Ramón de Hormaeche, por primera vez con una visión global de nuestro Derecho. A esta obra siguieron,

citando las más importantes la de Diego Angulo Laguna que tituló *Derecho Privado de Vizcaya*, impreso en Madrid en 1903, las obras de Carlos de la Plaza y Salazar, *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil*, de 1895 y *Duplicidad de legislaciones en los municipios de Vizcaya*, publicada en Bilbao en 1912, sin contar las *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya y Álava*, publicadas en Bilbao en el año 1902 y redactadas por el propio Carlos de La Plaza y Salazar. Un punto de vista más crítico es el de don Gregorio Balparda y de las Herrerías, *El fuero de Vizcaya en lo civil*, publicada en un diario en 1903 y *El Fuero y el Caserío*, Bilbao 1908.

También es notable y ha sido muy utilizada la obra del Juez don José de Solano y Polanco *Estudios jurídicos del Fuero de Vizcaya*, publicada en Bilbao en 1918.

Casi al margen de estos estudios pero en relación con ellos y quizás tratando de hallar una filosofía de la troncalidad, el Padre Luis Chalbaud y Errazquin hizo un estudio sociológico de la troncalidad en Vizcaya en su tesis doctoral *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1898, que se completa con el artículo “La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca”, Bilbao, 1918 y en el mismo año con “Estabilización de las clases sociales vascas”.

Pero sin duda la obra más importante publicada en cualquier tiempo sobre el Derecho civil vizcaíno es la de Jado. Rodrigo de Jado y Ventadas, abogado en Bilbao, publicó en 1900 unos “Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya”, y años más tarde, en 1923, como una segunda edición muy mejorada el libro que ha venido siendo guía de los civilistas vizcaínos hasta tiempos muy recientes, *Derecho civil de Vizcaya*, 2^a edición, con 675 páginas. La Academia la ha reeditado en el número 1 de esta colección.

En los años sucesivos sorprende el silencio de nuestros juristas. Quizá Jado había agotado el tema, pero todos sabemos que no hay modo de agotar un tema para un abogado inteligente. Lo cierto es que después de Jado, España vive tiempos revueltos, la dictadura de Primo Rivera, luego la II República, la guerra civil, y la larga dictadura de Franco.

No faltan abogados que cultivan el Derecho foral, sobre todo porque lo aplican en los Tribunales y personas como don Félix Larrea, don Felicísimo Larrínaga o don Nazario Oleaga, con quienes tuve ocasión de conversar, me enseñaron mucho sobre aquel sistema foral que estaba casi agonizante. Pero ya no hubo otro Jado, a pesar de que el Derecho Civil avanzaba en todo el mundo.

Mientras tanto, los civilistas españoles, multiplicaban los comentarios al recién nacido Código civil. A partir de Clemente de Diego aceptaron la sistemática alemana, hoy tan extendida, desde Savigny, y elaboraron una riquísima doctrina al comentar las diversas instituciones civiles, mientras Jado, con nuestros juristas de comienzos del siglo XX, se había quedado en el sistema del Código Civil y algo alejado de las doctrinas más modernas entre las que aparecía una nueva doctrina civil orientada sobre todo por las creaciones de los juristas alemanes en su notable siglo XIX.

En Bizkaia fueron muchos los años de silencio de nuestros civilistas que se prolongaron tras la guerra civil. Había algún artículo aislado en las revistas jurídicas pero más bien destinado a proclamar que el Derecho civil vasco existe, sin abandonar el tono de añoranza romántica de algunos comentaristas antiguos.

En 1932, en una conferencia pronunciada en Pamplona sobre “El Derecho Foral de Vizcaya en relación con la organización familiar”, don Ramón de Madariaga, de clara filiación republicana, pedía nuevos estudios, *Proponer a nuestros estudiosos y a nuestros patriotas el tema del Derecho privado vasco en estos momentos equivale a construir los cimientos más firmes sobre los que ha de levantarse nuestra autonomía integral...* Y más adelante añadía que *hay que desterrar para siempre en los estudios jurídicos vascos el método anticientífico de los idilios y los ditirambos...*

Encontraba Madariaga una estrecha conexión entre la autonomía y el Derecho privado y terminaba con un llamamiento emocionante en un hombre que se identificaba con los ideales de la República del 14 de abril: *Amigos nacionalistas, amigos tradicionalistas, amigos católicos, que por fortuna en todos esos sectores los cuento muy apreciados, yo os exhorto, yo os pido, que sobre todos los intereses terrenales, sobre todas las aspiraciones sociales o*

políticas, aunque sin renunciar a ellas, pongáis el amor al país, a sus libertades, a su bienestar y a su engrandecimiento.

Así y todo, pasaban los años y no aparecían nuevos cultivadores del Derecho civil vasco. La tarea era cada día más apremiente y más difícil y aún lo era más si se retrasaba demasiado una doctrina vasca centrada en sus instituciones civiles.

En 1952 apareció un libro notable, obra del magistrado don Luis García Royo, *Foralidad civil de las Provincias Vascongadas* en tres volúmenes, que parecía romper el silencio. García Royo era un buen conocedor de la historia del Derecho germánico y se esforzó en comparar nuestras instituciones con las del Norte de Europa. Trabajo notable, aunque no consiguió que fueran asimilados entre nosotros los paralelismos que establece. Y no hace grandes aportaciones al conocimiento del Derecho Vasco. De hecho no fue importante la repercusión de este libro entre los juristas vascos.

Continuaba el silencio cuando nuestra generación, la de la posguerra española, ocupó su lugar en la escena jurídica, pero aun así el despertar se retrasaba. No había ninguna actividad colectiva en nuestro mundo jurídico, mientras los de otros territorios y especialmente catalanes y aragoneses celebraron el Congreso de Derecho Foral de 1944, y el gobierno prometió elaborar unas Compilaciones, una para cada territorio foral, que recogieran el Derecho Privado de cada una.

Me estaba planteando este problema cuando comencé e tratar con algunos amigos que se ocupaban del mismo y, lo que es más importante, trabajaban en el mundo de la práctica judicial y notarial. El año 1959 se publicó la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Álava, la primera de todas, quizás porque el ministro Iturmendi deseó dar ejemplo empezando por el País Vasco.

Por supuesto, la Compilación no daba satisfacción a todos los problemas. Solamente se ocupaba de lo que había sido territorio de Vizcaya y Ayala, y dejaba fuera materias muy importantes. Hice amistad con el notario González del Valle, que me mostró su preocupación por un artículo publicado en 1958 en la revista de *Legislación y Jurisprudencia* por

Ángel Sánchez de la Torre sobre el párrafo tercero del artículo diez del Código Civil, que podía ser el tema clave de nuestra troncalidad.

González del Valle me presentó a José María Scala, un buen abogado que tenía su despacho en la Gran Vía de Bilbao y que en la revista *Urbis* había publicado en 1959 un artículo sobre “Del infanzonado y los bienes raíces de la Tierra Llana” y poco después otro, en 1963, sobre la troncalidad en Vizcaya.

Scala era un hombre muy afable, el primero que me inclinó a estudiar los temas de nuestra foralidad, y me animó a dedicar mi tesis a este tema. Su estilo era el de un jurista moderno, con un gran conocimiento de la historia y de las opiniones científicas de nuestro tiempo. Antes de abordar el tema examinaba de manera exhaustiva todos los antecedentes históricos. Pero nunca se entregaba a las reflexiones románticas que tanto censuraba Ramón de Madariaga, aunque al tratar de aproximar nuestras instituciones a las del mundo germánico se alejaba a veces del verdadero sentido del Derecho vasco que no hay razones históricas ni de otro tipo para equipararlas al Derecho germánico.

Pero un buen día, que me resulta difícil datar, pero anterior por lo menos en dos años a mi tesis de 1965, se anunció una conferencia de don José María Scala en la Universidad de Deusto, a la que asistí acompañando a un reducido grupo de personas. Su tema era un análisis de la Compilación en un tema central, el del ámbito de aplicación territorial y personal del Derecho foral vizcaíno.

Aquella conferencia y alguna nueva conversación con Scala me produjeron gran impresión e incluso me obligaron a analizar mi propia conducta personal. Estaba explicando Derecho civil en la Universidad de Deusto e incluso había dado clases sobre los conflictos de leyes y ni por un momento me había parado a pensar en algo tan próximo, tan nuestro, como ese Derecho civil vasco que Scala manejaba con tanta soltura.

Llegué a la conclusión de que algo tenía que hacer, pero no sería justo negar que no llegué a esta idea por pura reflexión. Pese a todo lo que se diga y por muy frío que pueda parecer cualquiera que quiera hacer

algo en el orden jurídico, o social, es indudable que la emoción y el sentimiento preceden a los más aparatosos alegatos científicos.

Mis conversaciones con Scala, sobre todo las que tuvimos durante un verano en el balneario de Cestona, me animaron a acercarme al mundo del Derecho civil vasco. Scala era un hombre sencillo y afable que contagiaaba su afición a buscar entre viejos y nuevos textos la realidad del Derecho civil vasco. Fue una de las primeras personas que conoció el tema de mi tesis, centrado en el Derecho civil de Bizkaia y que me animó a terminarla.

En esta colección recogemos ahora , entre otros, dos textos importantes de su obra:

1. *Del infanzonado y los bienes raíces de la tierra llana*, publicado en la revista *Urbis*, 1959, número 24, pág. 23 y siguientes.
2. *La troncalidad en el Derecho civil de Vizcaya*. En la misma revista 1963-1964, números 38 y siguientes.

Por estas mismas fechas, quizá en 1963, Scala pronunció una conferencia en la Universidad de Deusto sobre la troncalidad, que fue el hecho que me impulsó a elaborar mi tesis doctoral

Y casi coincidiendo con mi trabajo conocí a don Manuel Ricardo Lezón que era Registrador de la Propiedad de Marquina. Y empezó a ocuparse del Derecho Foral cuando en su propia oficina veía plantearse problemas que se salían del ámbito del Código y, conforme a su artículo 12 le obligaban a acudir a aquel texto, promulgado unos siglos atrás y conservado en escasos ejemplares, de un Fuero promulgado en Guernica. En 1950, la Diputación de Vizcaya publicó una nueva edición del Fuero y en 1954, don Manuel Lezón, un jurista competente y moderno, escribió un artículo sobre “Los llamamientos forales vizcaínos” en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

Don Manuel Lezón, gallego de origen, mantuvo conmigo muchas conversaciones y no olvido el viaje en su coche a unas jornadas de Derecho Foral en Jaca, la única ocasión en la que no me acompañó Jesús Oleaga, para encontrarnos con un nutrido grupo de juristas

de Aragón y Cataluña principalmente, pero también mallorquines y algún gallego.

Más tarde Lezón siguió colaborando en la misma revista siempre abordando temas muy concretos, que eran los que estaban en debate entre los interesados por el Derecho foral vizcaíno.

Cuando, al iniciarse la transición democrática iniciamos estudios más cercanos a nuestro Fuero, ya habían desaparecido estos dos buenos juristas y excelentes amigos. No tuvieron la oportunidad de alegrarse por la creación de nuestro seminario de Derecho Civil y luego la cátedra sobre el mismo tema en la Universidad de Deusto. Ni conocieron las nuevas promociones de juristas vascos nacidas alrededor de estas nuevas iniciativas. La Academia Vasca de Derecho quiere rendirles homenaje después de haber recogido en diez tomos los textos más importantes publicados tras la vigencia del Código civil.

III

[Introducción]

*Elementos para el estudio del Derecho
civil foral de Vizcaya en la posguerra:
Lezón y Scala, operadores jurídicos*

1. LA CULTURA JURÍDICA Y LOS OPERADORES JURÍDICOS DEL DERECHO CIVIL FORAL DE VIZCAYA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX (1940-1992)

Frisando la celebración del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza en 1946, Dario de Areitio, historiador y foralista vizcaíno, se preguntó en voz alta en la prensa de Bilbao por la ausencia de juristas vascos en aquel Congreso y la necesidad de estimular las vocaciones en ese campo: *Se está celebrando estos días en Zaragoza un Congreso de Derecho Civil y uno de los puntos sometidos a nuestro estudio es nuestro Derecho Foral vizcaíno. Escaso ha sido el ambiente alrededor de un tema tan vital. No es de ahora el despegue que se siente en Vizcaya hacia el mantenimiento de su tradicional Derecho. Poco a poco y sin darse cuenta, se ha hecho el vacío, principalmente por los mismos profesionales que encontraban más cómoda la aplicación de la Legislación común... ¿No podría crearse en Vizcaya un grupo de foralistas? Ellos se encargarían de proponer soluciones prácticas para fomentar y difundir el cariño al Derecho Foral y llegar a cosas de mayor envergadura*¹.

La ausencia de una Universidad oficial, de una Audiencia o de otros mecanismos de organización institucional para los tres territorios del País Vasco², el hecho de la supresión de los Conciertos Económicos de Vizcaya y Guipúzcoa y en general, el clima unitarista que se respiraba en aquel momento, no eran propicios a un renacer del Derecho civil foral de Vizcaya y, por ende, de un posible Derecho civil vasco.

¹ *El Correo Español-El Pueblo Vasco*, 10-10-1946.

² DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años», en BAYOD LÓPEZ, C. (Dir.): *La Constitución Española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019: *En el País Vasco el estudio del nuevo Derecho civil vasco recibe una atención muy superior a la que pudo tener durante siglos en un territorio que carecía de universidad, de audiencia y de obispado* (pág. 30). En relación a los Derechos civiles territoriales y una nueva concepción de los mismos en la Historia del Derecho español, cfr.: CLAVERO, B.: «Anatomía de España. Derechos hispanos y Derecho español entre Fueros y Códigos», en CLAVERO, B.; GROSSI, P. y TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Hispania entre Derechos propios y Derechos nacionales. Atti dell'incontro di Studio. Firenze-Lucca 25, 26, 37 maggio 1989*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, tomo I, págs. 47-86 y DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Los Derechos civiles forales (siglos XIX y XX): Un tercio de España», *Quaderni Fiorentini per la historia del pensiero giurídico moderno*, núm. 50, 2021, págs. 651-704.

Areitio hacía así un llamamiento al cultivo del Derecho civil foral de Vizcaya, único que en aquel momento gozaba de reconocimiento oficial y por extensión al de Gipuzkoa y Álava³ y abría el camino a algo que fue una constante en esa rama del Derecho durante el período de la posguerra, como es la intervención de los operadores jurídicos en el desarrollo de ese Derecho.

Al hablar de operadores jurídicos, hay que referirse inevitablemente a aquellos que, en su día a día, manejaban ese Derecho propio. Jueces, abogados, notarios y registradores de la propiedad eran los operadores jurídicos de un Derecho vasco que, *prima facie*, cumplían los requisitos para ser considerados como tales. Sin embargo, el cultivo del Derecho civil vasco en el caso de Vizcaya, territorio con un Derecho civil vasco escrito, estaba circunscrito a muy pocos especialistas y desde luego, brillaba por su ausencia de reflexiones escritas sobre su contenido, con la salvedad un tanto excepcional de García Royo y su *Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas* (1947) y la publicación de Bonifacio Echegaray sobre *El Derecho foral privado* (1950), con materiales muchos de ellos provenientes de sus publicaciones jurídicas de preguerra⁴.

Solo en los años cincuenta y al calor del movimiento compilatorio originado en Zaragoza, y esencialmente nucleados en torno a la revista *Estudios de Deusto*, que se publicaba en la Universidad de Deusto por los profesores de la Facultad de Derecho, comienzan a publicarse trabajos de autores como Esjavierría, Sánchez de la Torre o el jesuita Estibalez sobre cuestiones de actualidad, tales como la legítima foral vizcaína o la sucesión intestada, sin olvidar los dos grandes temas que arrastraba históricamente el Derecho civil foral de Vizcaya que eran el tema de su aplicación territorial con la dualidad Villas-Tierra Llanera, y personal entre vizcaínos aforados y no aforados y la troncalidad, institución de carácter territorial que tenía una larga historia desde la

³ URRUTIA BADIOLA, A. M.: *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*. Bilbao: Zuzenbidearen Euskal Akademia-Academia Vasca de Derecho, 2013, págs. 87-126.

⁴ ECHEGARAY CORTA, B: *Estudios de Derecho Privado vasco 1919-1951* (Introducción y edición de Andrés María Urrutia Badiola). Bilbao: Academia Vasca de Derecho y Editorial Dykinson SL, 2021.

publicación del Código civil y la inclusión en su Título Preliminar del artículo 10: *Los bienes muebles están sujetos a la Ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las Leyes del país en que están sitos. Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, 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. Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya.*

Es en ese contexto y dentro de esa “cultura jurídica” de la foralidad civil de Vizcaya donde hacen sus aportaciones doctrinales Lezón y Scala. De esa forma, y para entender su trabajo, puede utilizarse el concepto de *cultura jurídica* mencionado en la línea de Ferrajoli o Ferrante⁵. El primero define la cultura jurídica, *Por “cultura jurídica” podemos entender la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. Entre el derecho positivo y la cultura jurídica existe, por otra parte, una relación de interacción recíproca. El derecho puede, efectivamente, concebirse como un complejo lingüístico, a un mismo tiempo objeto y producto de la cultura jurídica; es decir, como un conjunto de signos normativos y de significados asociados a ellos en la práctica jurídica de los juristas, operadores y usuarios, todos los cuales concurren, de diferentes formas y en diferentes niveles, a su producción además de a su interpretación.*

Manuel Ricardo Lezón Novoa (1911-1987) y José María Scala López de la Peña (1910-1995) registrador de la propiedad y letrado, respectivamente, son profesionales del Derecho, operadores jurídicos, y sus

⁵ FERRAJOLI, L.: *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pág. 1 y FERRANTE, R.: «Cultura giuridica e codificazione», *Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit. Histoires des cultures juridiques* 2/2009 (fecha consulta 10-11-2025), disponible en <http://journals.openedition.org/cliothemis/1793>, págs. 1-2.

trabajos nacen de su aplicación práctica y diaria de ese Derecho civil foral de Vizcaya, como ocurre con muchos otros, pero ambos elevan esa inquietud y preocupación a texto escrito y publican en las revistas del momento, Lezón en el *Boletín del Colegio de Registradores* y en la prestigiosa *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y Scala en la revista profesional *Urbis*, de las Cámaras de la Propiedad Urbana del Norte de España, y luego en el *Boletín/Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, institución que le rendirá el correspondiente homenaje por sus artículos. En suma, se trata de revistas profesionales que hoy no son, en su mayoría, de fácil acceso. Esta es una de las razones de su publicación, que corrobora el carácter próximo del Derecho civil foral a la vida diaria del Derecho, a su sociología vital, por encima de disquisiciones teóricas que muchas veces ignoran el origen de este Derecho y su aplicación al calor de las necesidades sociales.

Ambos dan la pauta para describir esa cultura jurídica de la foralidad civil vizcaína de posguerra que duró prácticamente hasta 1992 y que supuso el tránsito del Fuero Nuevo de 1526 a la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava (en lo sucesivo, CDCFVA), el punto de partida de ese camino y la espoleta de la actuación de Adrián Celaya Ibarra (1917-2015) quien en 1965 publicó su tesis doctoral *Vizcaya y su Fuero Civil*⁶, que marcó un antes y un después en el devenir del Derecho civil vasco. El propio Celaya, en su presentación de este volumen, se reconoce deudor de Lezón y Scala, y considera al primero un jurista moderno y competente y al segundo un auténtico mentor de su trabajo y de su acercamiento al Derecho civil foral de Vizcaya, sentimiento que es recíproco en estos dos autores y sus textos hacia el mismo Celaya.

De hecho, los primeros artículos de Scala son posteriores a la CDCFVA y en ellos ya se reconoce como autoridad a Celaya, lo mismo que por Lezón, que escribe a Celaya ya en 1976 en unas circunstancias muy distintas, cuando empieza a despuntar la idea de un desarrollo del Derecho civil vasco, *Mi querido amigo ...en definitiva de lo que se trata es de que todos los que amamos el derecho foral vizcaíno pongamos de nuestra parte*

⁶ CELAYA IBARRA, A.: *Vizcaya y su Fuero civil*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1965.

lo que podamos para mantener viva la atención sobre los numerosos e interesantes problemas que plantea la Compilación vigente...⁷.

Se puede pensar que esta literatura “de prácticos” carece de interés hoy en día, cuando ya han pasado más de diez años de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en lo sucesivo, LDCV), que siguiendo la estela de la Ley 3/1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco (en lo sucesivo, LDCFPV) ha superado muchos de los problemas tratados por Lezón y Scala y ha logrado extender las instituciones que ambos examinaron a todos los vascos y a todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Pero nada más lejos de la realidad. Son precisamente estos textos los que atestiguan, por encima de pruritos doctrinales, la sólida formación como operadores y conocedores del Derecho civil foral de Vizcaya de Lezón y Scala, y los que dan la clave de soluciones posteriores que hoy son norma vigente.

Su conocimiento de los civilistas foralistas clásicos, tales como Horrache, Chalbaud, Lecanda, Angulo Laguna, De la Plaza, Jado, Solaño, y otros más modernos como Areitio, García Royo y Celaya va parejo con su manejo de los textos de los proyectos de apéndice del Derecho civil foral de Vizcaya en relación al Código Civil. Todo ello deja fuera de duda su bagaje jurídico que ambos combinan con el conocimiento de los autores de Derecho civil común que citan en apoyo de sus argumentos, así como la jurisprudencia de los tribunales y la de carácter registral⁸.

Además, Lezón y Scala integran la nómina, no muy abultada, de civilistas y foralistas vascos, que, por encima de la ausencia de una universidad pública vasca en aquel período y/o unos Tribunales propios para la aplicación de este Derecho, acreditan, a pesar de las dificultades del momento histórico, la supervivencia de una cultura jurídica vizcaína y vasca y contribuyen, con su pensamiento y sus artículos, muy bien documentados, a una reflexión sobre el futuro del Derecho civil vasco, que resulta de gran valor para los juristas de hoy en día.

⁷ Carta manuscrita de 1 de marzo de 1976 de Lezón a Celaya.

⁸ Curiosamente no citan a los autores que en los años cincuenta y sesenta se ocuparon del Derecho civil foral de Vizcaya en la revista *Estudios de Deusto*.

2. MANUEL RICARDO LEZÓN Y LOS TEMAS DEL MOCIMENTO EN EL DERECHO CIVIL FORAL DE VIZCAYA

2.1. Datos biográficos y carácter de la obra de Lezón

El primer texto de este volumen es de Manuel Ricardo Lezón (1911-1987), registrador de la propiedad, de ascendencia gallega⁹ y autor de una serie de textos sobre el Derecho civil de Vizcaya¹⁰ en la época anterior a la CDCFVA de 1959 y posteriores a ella, tratando siempre desde una perspectiva profesional, diversos problemas entonces candentes en esta materia.

En las diferentes localidades en las que ejerció como registrador¹¹, muchas de ellas situadas en zona aforada de Vizcaya y señaladamente el Registro de Markina-Xemein, tuvo la ocasión de conocer en directo la realidad de ese Derecho y publicar análisis de algunas de las instituciones civiles forales y su aplicación práctica.

Lezón no escribió en ningún caso un tratado completo de Derecho civil foral de Vizcaya, sino que redactó y publicó una serie de artículos

⁹ Hijo de otro registrador, Manuel Lezón y Fernández (1861-1934), autor de varias publicaciones, hay que subrayar entre ellas: LEZÓN Y FERNÁNDEZ, M.: *Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1903; *El Derecho consuetudinario de Galicia* (Memoria que obtuvo el segundo premio en el cuarto concurso especial sobre Derecho consuetudinario y economía popular abierto por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas para el año de 1901). Madrid: Imprenta del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, 1903 y *El regionalismo. Conferencia pronunciada en la Sesión Pública de 14 de mayo de 1918*. Madrid: Establecimiento tipográfico de Jaime Rates, 1918 y BERAUD, F. y LEZÓN Y FERNÁNDEZ, M.: *Tratado de Derecho Inmobiliario adaptado al programa de oposiciones a notarías*. Madrid: Instituto Reus, 1927, tomo I. Sobre su biografía y restantes obras, cfr.: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD: «Don Manuel Lezón y Fernández (1861-1934)» en *Hecto-anuario. Cien años de aplicación de la Ley Hipotecaria (1861-1961)*. Madrid: Imprenta San José, 1961, págs. 337-343.

¹⁰ Puede verse el listado en CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: «LEZÓN NOVOA, Manuel Ricardo», en *Índices generales de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Años 1925-1984*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1986, tomo I, pág. 55.

¹¹ ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD: *Hecto-anuario. Cien años de aplicación de la Ley Hipotecaria (1861-1961)*. Madrid: Imprenta San José, 1961, págs. 518-519.

y notas sobre esas instituciones, textos que tienen un interés específico porque muestran la cultura jurídica de ese Derecho entre los operadores jurídicos vizcaínos en un momento crucial, el de la posguerra anterior a la CDCFVA y el tránsito a través de la misma de un texto regulatorio del año 1526 como era el *Fuero Nuevo* a una CDCFVA de redacción y corte más del momento.

Así lo reconocía la Exposición de Motivos de la CDCFVA: *Aunque por razones de técnica legislativa aparezca el Derecho Foral vizcaíno polarizado en torno a instituciones de configuración autónoma, como la troncalidad, la libertad testatoria y la comunicación foral, debe reconocerse que, en el fondo, el principio supremo de la concentración patrimonial invade y preside, con idéntica fuerza, todo el ámbito del Derecho Civil de Vizcaya, agotándolo exhaustivamente, ya que todos los preceptos del Fuero deben servir directamente a aquel principio central, y los que no lo sirven quedan al margen del equilibrio interno del sistema. El predominio de esa idea central proporciona, por tanto, un criterio de valor absoluto para la sección de los preceptos genuinamente forales, y por ello la ley acoge en bloque y con todos los honores esas instituciones jurídicas que tanto crédito han ganado permaneciendo secularmente al servicio de una auténtica política de ordenación territorial limitándose a introducir los desarrollos técnicos necesarios en la configuración interna de alguna de ellas, como los llamamientos forales, o acomodando otras a la sistematización foral de la misma materia en el Código, como ocurre en orden a la sucesión testada e intestada. Por aplicación del mismo criterio se abandonan aquellas instituciones que no responden a los principios inspiradores del Fuero, en base a lo cual se prescinde del testamento mancomunado y se someten a las normas del Código Civil la revocación de las donaciones, la prescripción y las distancias fundiarias.*

La institución en la que centró su primer interés Lezón fue la del *poder testatorio*, seguida de la de los *llamamientos forales* en el caso de venta de los inmuebles, y ya publicada la CDCFVA en 1959, la *aplicación territorial* del Derecho civil de Vizcaya (1963). Tras un interregno de más de una década, Lezón fue llamado a participar en una mesa redonda en 1972 en la que expuso sus criterios de futuro sobre el Derecho civil foral de Vizcaya y posteriormente, examinó, ya en 1975, la entonces espinosa cuestión de si podía nombrarse *heredero al nieto viviendo el padre*, tema que ocupó a diferentes juristas foralistas vizcaínos, entre ellos el

propio Scala, y al cual se hará referencia más adelante.

Cierran el elenco de los textos incluidos en este volumen su participación en 1987 en la mesa redonda sobre la actualización del Derecho civil de Vizcaya, organizada por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, a la que no pudo asistir personalmente, enviando el texto aquí recogido.

Un examen más pormenorizado de sus textos permite conocer el pensamiento de este foralista en torno a las instituciones del Derecho civil foral de Vizcaya, examen que se realiza a continuación.

2.2. El poder testatorio

La naturaleza jurídica del poder testatorio es el primer tema del que se ocupa Lezón, el año 1946, en plena posguerra. Sus referencias al Fuero Nuevo de Vizcaya le llevan, en contra de la opinión de Angulo Laguna, otro registrador foralista, a entender que *el comisario foral es un representante del poderdante, es su “alter ego”; pero también es algo más*. Resalta las semejanzas con las instituciones regionales de Cataluña, Mallorca y Aragón y lo ve como el instrumento ideal para conservar la indivisión de la explotación familiar agraria, y subraya su fondo consuetudinario, encontrando en su basamento en la costumbre y en la sociología por encima de la ley escrita. Sus apreciaciones son claras: *Después de lo dicho, podemos concluir sentando la afirmación de que el poder testatorio vizcaíno, tal como se concibe y aplica en la práctica, consagrada por costumbre inmemorial y arraigadísima, se aparta notablemente de la ley escrita del Fuero, reproducción casi textual del Fuero Real, después reformado por las Leyes de Toro en sentido restrictivo. En cambio, su similitud con las otras instituciones regionales es muy grande, como acabamos de ver. En efecto, la población rural de Vizcaya ve en el viudo comisario un usufructuario poderoso, universal, sin limitación de facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración, que suele ser indefinida por prórroga expresa* (En esta edición, págs. 8-9).

A continuación, se pregunta Lezón por la naturaleza revocable o no de las disposiciones efectuadas por el comisario foral. Tras un examen de la doctrina y la jurisprudencia al respecto, alega el no haber encontrado costumbre en el país en favor de la tesis de la irrevocabilidad,

por lo que tras distinguir entre el uso del poder por actos *inter vivos* (capitulaciones matrimoniales o donaciones *inter vivos*) o *mortis causa* (testamento, donaciones *mortis causa*), concluye: *En vista de lo expuesto, parece lo más probable que a falta de autorización expresa del poderdante, el fiduciario no puede revocar su testamento en ningún caso. Así resulta no sólo de la jurisprudencia reseñada y de la Ley 35 de Toro, sino también del artículo 34 del proyecto de Apéndice para Vizcaya* (En esta edición, pág. 11), no sin antes apuntar el criterio contrario de los tratadistas catalanes y mallorquines en el sentido de entender que es irrevocable la utilización por actos *inter vivos*, pero no en testamento.

Por último, se pregunta Lezón por las causas de extinción del poder testatorio que resume de la forma siguiente: *El poder testatorio se extingue, caduca o queda sin efecto en los siguientes casos: 1.º cuando el poderdante dispone de todos sus bienes inter vivos o mortis causa; 2.º cuando expresamente revoca el poder, aun cuando sea dudoso que pueda revocarlo cuando se otorga recíprocamente; 3.º cuando el matrimonio se disuelve sindescendencia; 4.º cuando el comisario viudo contrae segundas nupcias; 5º, cuando el comisario fallece sin haber hecho uso de sus facultades de elección de heredero o distribución de los bienes del premuerto, y 6.º cuando transcurran los plazo señalados por el Fuero sin hacer uso del poder, salvo autorización expresa de prórroga indefinida. De todos estos casos merecen consideración especial los señalados con los números 4.º y 6.º* (En esta edición, pág. 12).

En relación a las segundas nupcias del comisario viudo o viuda, entiende que queda sin efecto el poder testatorio, basado en la relación de confianza entre el comitente y el comisario, que puede verse alterada por esas segundas nupcias, anticipando lo que será una realidad legislativa a partir de la CDCFVA de 1959. Por lo que ataña al transcurso del plazo para su ejercicio sin usar del mismo que marca el Fuero, se muestra decidido partidario de su prorroga a discreción del comisario foral¹², entendemos que carece de trascendencia la discusión de los fueristas sobre el cómputo de los momentos iniciales y finales de los mismos,

¹² Siguiendo así a Gregorio de Altube en su conferencia *El paisaje como fuente del Derecho*, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949, cfr.: URRUTIA BADIOLA, A. M.: *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)...* op. cit., págs. 103-104.

por la sencilla razón de que tiende a convertirse en una cláusula de estilo la de la prorroga indefinida de dichos plazos, dejando al arbitrio del comisario la elección del momento oportuno para hacer la elección de tronquero y la distribución de los bienes relictos. Ya hemos dicho antes que la finalidad del Fuero, y más todavía la de la costumbre, es la de dotar al cónyuge nombrado comisario de las más amplias facultades. Lo que se persigue es que el patrimonio familiar vaya a parar a buenas manos en forma indivisa, importando poco el momento en que dicha atribución patrimonial se haga. De aquí que el Fuero no prohíba que dichos plazos sean traspasados, aunque para evitar dudas se prorroguen de una manera expresa y por tiempo indefinido. Este pacto aparece formulado en todos los contratos de capitulaciones, y así es frecuentísimo en la práctica que no se observen las limitaciones temporales del Fuero. Por lo tanto, podemos concluir afirmando que, aun en el caso de no hacerse uso del poder testatorio dentro de los términos señalados por la ley escrita foral, el poder subsiste, máxime cuando expresamente se prorroga indefinidamente por el poderdante; prorroga cuya validez se halla avalada y confirmada por una costumbre cada vez más vigorosa (En esta edición, págs. 13-14).

El corolario viene dado por la problemática fiscal y registral que planteaba el poder testatorio en aquel momento, al socaire de la reglamentación registral e impositiva.

La pregunta de Lezón es clara en lo que se refiere a la inscripción registral y sus respuestas meridianas, por encima de criterios restrictivos y situaciones que hoy en día subsisten todavía: ..., fallecido el cónyuge poderdante, ¿a nombre de quién o de quiénes han de ser inscritos los bienes relictos? La duda surge en cuanto a la mitad indivisa de todos los integrantes de la comunidad universal en disolución y que constituye la herencia del poderdante, ya que la otra mitad corresponde en pleno dominio automáticamente al viudo, pudiendo inscribirse a su favor en virtud de una simple solicitud, según práctica reconocida por la Resolución de 28 de abril de 1890. Ahora bien; este criterio no se puede aceptar para la inscripción de la otra mitad indivisa a nombre de los hijos, por las razones que dejamos expuestas. La titularidad de estos bienes, mientras no se haga uso del poder testatorio, recae en el viudo fiduciario, que en su aspecto externo es algo más que un simple apoderado del fiduciante. Si el Registro ha de guardar perfecta armonía con la realidad, ésta nos enseña que los elementos integrantes del grupo legitimario vizcaíno, mientras el fiduciario no destaca de entre éstos al que ha de ser dueño de los bienes por título de herencia, no tienen más que una simple

esperanza de heredar y acciones impugnadoras de las posibles enajenaciones que de los bienes hereditarios pueda realizar el viudo a favor de extraños. En consecuencia, inscribir estos bienes a nombre de sus hijos sería faltar a la realidad jurídica, y de aquí que dicha inscripción no se suela solicitar hasta que se concreta la persona del tronquero. En tanto, dichos bienes siguen inscritos a nombre del poderdante fallecido, y como esta situación también se halla en discordancia con la realidad, no vemos inconveniente alguno en que se aplique al caso el artículo 72 del Reglamento Hipotecario, inscribiendo dichos bienes a nombre del cónyuge fiduciario, a la par que los derechos futuros y las acciones de impugnación de los legitimarios puedan ser salvaguardados por medio de una reserva autenticada, una mención legitimaria u otra fórmula parecida de publicidad registral. Una vez que el fiduciario haga uso del poder, se extinguirán todas sus facultades, y el pleno dominio de los bienes hereditarios irá a parar al heredero o herederos designados por aquél, en cuyo caso, a semejanza de lo que ocurre en el heredamiento fiduciario catalán, se inscribirán los bienes a nombre del designado o de los designados, presentando en el Registro la escritura de capitulaciones matrimoniales en que conste la cláusula del poder testadorio, la certificación de defunción del poderdante o fiduciante, la del Registro de Actos de Última Voluntad y el documento en que se haya hecho la designación de heredero o herederos, que puede consistir en una escritura simple de designación de heredero, unilateralmente otorgada por el fiduciario, o bien en un testamento en que se haga esta designación (En esta edición, págs. 14-15).

¿Quid respecto a la fiscalidad del poder testatorio? Lezón nos da la fotografía del momento, ya sin Concierto Económico en Vizcaya y con las sucesiones forales sujetas al Derecho fiscal general del Estado: Dos criterios se vienen sosteniendo para la liquidación del impuesto de Derechos Reales en las herencias causadas bajo poder testatorio: 1.º considerar que la transmisión de la mitad indivisa de los bienes relictos (herencia del cónyuge fiduciante) se entiende realizada desde la fecha del fallecimiento del causante, según el artículo 52 del Reglamento del impuesto, en concordancia con el 657 del Código civil; 2.º considerar que dicha transmisión, en caso de existir comisario viudo, no se opera hasta que dicho comisario hace uso del poder testatorio y verifica la elección de heredero o herederos y distribuye el caudal relicto (En esta edición, pág. 16).

Critica el primer criterio por considerarlo un error a pesar de ser el que se sigue en la práctica: *Al morir el fiduciante, surge a favor del cónyuge fiduciario un derecho amplísimo de usufructo y una titularidad de disposición de*

características poco definidas, siendo desconocido el heredero propietario, cuyo nombramiento queda enteramente al arbitrio del comisario, y hasta que éste haga uso del poder o facultad de elección entendemos, por analogía con lo que Martín Retortillo opina acerca del testamento por fiduciario en Aragón, no nace para el nombrado la obligación de presentar la herencia a liquidación (En esta edición, pág. 16) y se inclina ya en 1946 por el segundo, en una posición que luego será aceptada y practicada por la Hacienda Foral de Bizkaia, restaurada tras la recuperación del Concierto Económico por Bizkaia, con un razonamiento absolutamente actual que basa en autores y Resoluciones: *Desde el fallecimiento del fiduciante hay, sí, una transmisión de usufructo, y en cuanto a ésta debe aplicarse el precepto general; pero la nuda propiedad no tiene asignado titular (al menos, decimos nosotros, de una manera plena y perfecta), y como el heredero es desconocido, debe aplicarse el artículo 57, en su número quinto, y, en consecuencia, aplazarse a liquidación hasta «que éste sea conocido, contando desde esta fecha el plazo para solicitarla* (En esta edición, págs. 16-17).

2.3. Los llamamientos forales en la venta de bienes raíces

La segunda institución de la que se ocupa Lezón antes de 1959 es la de los llamamientos forales en la venta de bienes raíces a parientes del testador. Acota el tema a través de la cita del Fuero, de los proyectos de Apéndice al Código Civil y los foralistas, en los términos siguientes: *Se trata de lo siguiente: de si es necesario dar los llamamientos cuando la venta de un bien raíz se va a hacer a un pariente tronquero, siempre que éste pertenezca al grupo de parientes que debiera heredar la finca en el caso de fallecimiento del vendedor* (En esta edición, pág. 21).

En su opinión, los tratadistas Jado, Solano y Chalbaud¹³ que defienden la tesis negativa, están equivocados ya que, a juicio de Lezón y ante el silencio del Fuero, está claro que este no lo excepciona: *La Ley nada dice, nada excluye; pero ¿cómo debe ser interpretado su silencio? Ya hemos anticipado nuestra opinión: para nosotros, aparte de la ausencia de excepciones legales, es evidente que el Fuero de Vizcaya no ha querido excluir de la facultad de detraer una finca troncal a los familiares más próximos del vendedor, postergándolos al comprador en grado más remoto* (En esta edición, pág. 22).

¹³ Sobre un tema similar cfr.: DOMÍNGUEZ Y BARROS, J.: «Cuestiones Prácticas. Inscripción de ventas de inmuebles sitos en Vizcaya, sin llamamientos forales», *Revista de Derecho Privado*, Año VI, núm. 63, 1918, págs. 360-363.

Remacha su argumento Lezón citando la jurisprudencia favorable a su tesis, así como el Derecho foral de otras regiones como Navarra, Valle de Arán y Aragón: *La consecuencia que se deduce de estos fallos, aplicada al caso objeto de este artículo, no es otra que la de si el Fuero de Vizcaya otorga, en su ley segunda del Título XVII, el derecho de tanteo a los parientes del vendedor, por su orden y grado, sin distinguir entre grupos parentales, es natural admitir que la tal preferencia deberá respetarse igualmente cuando, por haber eludido el vendedor el ejercicio del derecho de tanteo, se ejercite por aquéllos el derecho de retracto* (En esta edición, pág. 23).

Contra el aforismo romano de “el que puede vender puede donar” como justificante de la tesis contraria a su posición, revela la contraposición entre el Derecho romano y el vizcaíno, basado en principios diferentes y que hace que no pueda sostenerse en este último aquel principio romano de corte individualista: *nos parece un contrasentido que se invoque por jurisconsultos especializados en derecho foral vizcaíno, de corte completamente germánico, familiar y vinculador, en el que ni tan siquiera existe la tan cacareada libertad de testar, sino una simple libertad de distribución, por donación o herencia, dentro de determinado grupo de parientes* (En esta edición, pág. 25).

2.4. Las dos legislaciones civiles de Vizcaya

Publicada ya la CDCFVA en 1959, Lezón se ocupa de un tema capital que el texto legal había abordado en los artículos 1 al 5, intentando resolver la histórica dualidad legislativa entre las villas y las anteiglesias¹⁴.

Tras un extenso y profundo análisis histórico de gran erudición, Lezón pasa a los antecedentes jurisprudenciales y al proyecto de Apéndice de 1900 para preguntarse cómo resuelve el problema la CDCFVA.

¹⁴ La cuestión venía de lejos y se trató de forma exhaustiva tanto en el Proyecto de Apéndice para Vizcaya y Álava como por los tratadistas de la época, cfr.: AA.VV.: *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)*. (Introducción y edición de Andrés María Urrutia Badiola). Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, facsímil de la edición de 1902 y DE LA PLAZA Y SALAZAR, C.: *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil. Segunda edición 1899*. (Introducción y edición de A. Celaya Ibarra). Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2006, facsímil de la edición de 1899.

Su remisión en extenso al exhaustivo trabajo de Scala recogido en este volumen (En esta edición, págs. 67 y ss.) da la pauta del valor del trabajo de Scala¹⁵ y reconduce, según Lezón, a una visión suya que él define como sintética. *¿Cómo resuelve la cuestión la Ley de 30 de julio de 1959? Quienes deseen una respuesta completa y satisfactoria a esta pregunta deben consultar el profundo y exhaustivo trabajo analítico publicado en la revista Urbis (núm. 24 del año 1959), por el agudo y competente abogado don José María Scala. Nuestra respuesta ha de ser, por el contrario, sintética, extraída por vía de recapitulación de todo cuanto trocea y desmenuza el aludido y admirado compañero, así como del contenido de la Exposición de Motivos y del texto de dicha Ley, cuyos artículos 1.^º al 4.^º, únicos que tratan de la materia...* (En esta edición, pág. 36).

Al respecto, fija su síntesis Lezón en cinco principios:

Primero.—La nueva Compilación de 1959, al igual que el derogado Fuero de 1526, constituye el Derecho común de Vizcaya y rige en toda la provincia.

(...)

Segundo.—El Código civil es un Derecho excepcional y con este carácter rige dentro del perímetro actual o futuro de los respectivos núcleos urbanos de las villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, y la ciudad de Orduña y todo el término municipal de Bilbao.

(...)

Tercero.—El Código civil rige también con carácter excepcional en aquellos puntos de los términos municipales de las villas no aforadas que se hallen comprendidos dentro de planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo, así como en aquellos otros puntos de los mismos términos que no se encuentren ocupados por caseríos y sus pertenecidos.

(...)

Cuarto.—La villa de Bilbao y todo su término municipal se rigen por el Código civil.

¹⁵ Se declara deudor del trabajo de Scala que luego se comentará en extenso y que se halla recogido en esta edición, págs. 71-103, califica a Scala de *agudo y competente abogado* y su trabajo de *profundo y exhaustivo*.

(...)

Quinto.—Todas las agregaciones y segregaciones que en lo sucesivo experimenten los términos municipales de las villas y de las anteiglesias no hará variar la legislación civil de lo agregado y segregado (En esta edición, págs. 37-42).

Los conceptos que maneja Lezón son muy modernos: i) conceptúa el Derecho civil foral de Vizcaya como el común de Vizcaya y que rige en todo su territorio, criterio que aceptará posteriormente la LDC-FPV, por encima de su reducción al Infanzonado. En contraposición, el Código Civil es una legislación excepcional de una determinada zona de las villas y de Bilbao; ii) el Derecho civil foral de Vizcaya está ligado al caserío, es un “estatuto agrario” según la Exposición de Motivos de la CDCFVA, pero se exceptúan los terrenos comprendidos en los planes de urbanización oficialmente aprobados o que se aprueben posteriormente, con lo que se introduce una cláusula móvil de expansión del Derecho excepcional y reducción del Derecho civil propio; iii) al contrario, las modificaciones administrativas posteriores no afectan a la legislación civil aplicable, lo que dota de fijeza al Derecho civil foral de Vizcaya y iv) la extensión *ope legis* del Código Civil a todo el término municipal de Bilbao supone en opinión de Lezón un auténtico mazazo para el Derecho civil foral propio, ...*Por otra parte, la zona rural del término municipal bilbaíno, asiento del típico «caserío», se había esfumado, recibiendo el golpe de gracia con la entidad administrativa del «Gran Bilbao» y la incesante revalorización* (En esta edición, pág. 41)¹⁶.

La crítica de Lezón es, como se verá al comentar los textos de Scala, el excesivo casuismo de la CDCFVA, que rebate sin remilgo alguno. *Es una pena que esta clara explicación de la Exposición de Motivos sobre el alcance de las fórmulas correctiva, encaminadas a progresar conservando, rindiendo tributo por igual a Grocio y a Savigny, no haya cristalizado en una norma legal diáfana, concreta y precisa, como pudiera haber sido la de preceptuar que el Código civil rige también excepcionalmente en todo el territorio de los términos municipales de las villas no aforadas que no se encuentre ocupado por caseríos y sus pertenecidos,*

¹⁶ Sobre las vicisitudes del Fuero en Bilbao, cfr.: AURREKOETXEA AURREKOETXEA, X.: «La dualidad legislativa en el municipio y Villa de Bilbao», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Año 5, núm. 14, 2007, págs. 9-55.

los cuales continuarán sometidos al Derecho foral. En vez de ésta o parecida regla, los autores de la Compilación han preferido perderse en el casuismo del artículo 3.º, tan complejo como inútil, ya que después de todas las presunciones, distingos y criterios que establece, los únicos espacios territoriales de los términos municipales correspondientes a las villas no aforadas que se salvan de la invasión del Código civil son los integrados por los caseríos y sus pertenecidos, cuando estas fincas no queden comprendidas dentro de planes de urbanización oficialmente aprobados. Y no se diga que esta conclusión a que llegamos es demasiado radical y simplista, porque la autenticidad de la misma garantiza la propia Exposición de Motivos en los pasajes anteriormente transcritos. Es evidente que para aquélla la ratio legis del Fuero radica en la intangibilidad del caserío, a cuyo efecto lo acota y excluye del Código. La finalidad primordial de la Compilación, verdadero «estatuto agrario», no es otra, pues, que la de dar al Código lo que es del Código y al Fuero lo que es del Fuero: al primero, la regulación del patrimonio de la familia de tipo urbano, no troncal o temporal, y al segundo el patrimonio de la familia de tipo rural, troncal o estable, sin merma, en ambos casos y hasta donde es posible, del más escrupuloso respeto a la tradición histórica (En esta edición, pág. 40).

Su reflexión final es agridulce: *Los hombres no inventaron el Derecho para evitar conflictos, sino para resolverlos, y por eso no cabe esperar que las normas de la Compilación sobre la territorialidad puedan llegar a tener el valor taumatírgico de acabar definitivamente con los pleitos derivados de la dualidad legislativa en esta provincia. Sin embargo, y aunque las fórmulas ideadas por el nuevo Ordenamiento podían haber sido más claras y concretas en algunos extremos, la Compilación ha de contribuir a mejorar notablemente el problema, huérfano de regulación legal en el Fuero de 1526 (En esta edición, pág. 42).*

2.5. El nombramiento del nieto como heredero único viviendo el padre

Este tema fue objeto de estudio por varios autores al calor de la entrada en vigor de la CDCFVA. Tanto Lezón como Scala se ocuparon del mismo. Desde un punto de vista cronológico es Lezón quien publica en 1975 su nota basándose en la práctica diaria: *El pasado año, sin ir más lejos, he tenido ocasión de conocer varios casos de nombramiento de heredero único en favor del nieto viviendo su padre, apoyándose el abuelo en lo dispuesto por el artículo 23 de la Compilación. Y actualmente sé de algunos compañeros que ante*

casos idénticos dudan y vacilan respecto a la solución que deban darles. ¿Son válidos tales nombramientos? He aquí la cuestión, para cuyo esclarecimiento conviene que cada cual aporte lo que sepa y pueda acerca de la vigente normativa foral y sus antecedentes históricos, aunque sea tan poco y tan discutible como lo aportado mediante estos mal compuestos renglones (En esta edición, pág. 53).

Tras citar la opinión de autores como Hormaeche, también registrador de la propiedad y su *Leyes civiles de Vizcaya*, Lezón establece con claridad meridiana que, *En el Fuero imperaba, por tanto, el principio de libertad de distribución dentro del grupo de los descendientes, sin consideración a grados de proximidad, al contrario de lo que ocurre en el Código civil, como hace notar LA-CRUZ comentando su artículo 807, donde mientras haya hijos no serán legitimarios los descendientes. No sucedía lo mismo en Vizcaya, puesto que dentro del círculo de descendientes se hallaban mezclados los hijos, los nietos y demás descendientes legítimos de ulterior grado, con igualdad de expectativas a la vocación y delación de la herencia, a modo de candidatos libremente elegibles por el mejor elector imaginable: el padre, moderator et arbiter (En esta edición, pág. 55).*

Lezón asimila la legítima foral colectiva de cuatro quintas partes y carácter electivo con el tercio de mejora del Código Civil que cabe atribuirlo al nieto, lo que le sirve de ariete para demostrar que el artículo 23 de la CDCFVA permite esa elección: Artículo 23. *El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno sólo de ellos, apartando a los demás.* Trae a colación en defensa de sus tesis a Adrián Celaya y Roca Sastre, ilustres civilistas, y rebate la tesis de Pardo y Vallet de Goytisolo que defienden como única opción posible para el nieto el derecho de representación, que Lezón rebate con brío: *La Compilación no ha introducido la novedad del derecho de representación como un condicionamiento o limitación de la libre elección de heredero, sino como su complemento, en previsión de que el descendiente elegido premuera al elector sin dejar sustituto o sin que el sobreviviente cambie su testamento procediendo a otra elección (En esta edición, pág. 57).*

Concluye Lezón que frente al criterio anterior a la CDCFVA de imposibilidad del abuelo para disponer de todos sus bienes en favor del nieto viviendo su hijo, ello no le impedía disponer de algunos de sus bienes a favor del nieto basado en el principio foral de libre distribu-

ción y elección del testador. Lo que implicaba una clara contradicción con el régimen civil foral: *Hacer de peor condición al nieto vizcaíno que al de Derecho común, precisamente en una región donde la libertad de testar y elegir heredero es mayor que la concedida por el Código civil, nos parece un contrasentido, máxime si la postergación de aquel dogma foral obedece exclusivamente a la deficiente redacción de un precepto legal de nueva planta y a la introducción de una figura jurídica sin arraigo en Vizcaya, sin desarrollo dentro de la Compilación y de difícilísima adaptación a las normas supletorias del Derecho común, tanto por no existir ninguna que admita el derecho de representación en la sucesión testada cuanto por la ausencia de una común opinión doctrinal y jurisprudencial sobre su extensión y alcance* (En esta edición, pág. 59).

El tema continuó aleteando y, como se verá en el estudio de los trabajos de Scala, hubo autores que se decantaron por la tesis contraria. De ello se hablará posteriormente¹⁷.

2.6. El futuro del Derecho civil foral de Vizcaya

Dos ocasiones temporales tuvo Lezón para preguntarse, tras largos años de trabajo como operador jurídico del Fuero de Vizcaya, por su futuro.

La primera fue en 1972, en un coloquio recogido en cuanto a su intervención en esta publicación (En esta edición, págs. 45 y ss.) en la que jerarquizó las principales instituciones jurídicas vizcaínas, empezando por la libertad de testar y el régimen matrimonial de comunidad universal de bienes y rebajando la fuerza de la troncalidad al calor de la crisis del caserío, la expansión de las zonas industriales y urbanísticas y las plusvalías alcanzadas por muchos terrenos de naturaleza rural. Todo ello junto a la libertad de testar y la prórroga del poder testatorio resume las trazas del Derecho civil foral de Vizcaya en aquel momento de aplicación de este Derecho.

Menos descriptivo y más asertivo fue Lezón en 1987, en vísperas de su muerte, cuando en un régimen de autogobierno vasco propio, instaurado por la Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 Lezón siguió el camino que finalmente se impondría: *El Rvdo. Padre Chalbaud... era... partidario de la extensión del*

¹⁷ Cfr. el artículo de Scala, recogido en esta edición, págs. 195-217.

Fuero a toda la provincia de Bizkaia. Celaya opina lo mismo y creo que ambos tienen razón. Naturalmente, la cosa no es fácil, pero es factible y, sobre todo, urgente y necesaria. Otro de los puntos señalados en la ponencia es el de la troncalidad a la que Celaya le cortaría las alas con muchísima razón. Pretender extender el Fuero a las villas sin antes prescindir por completo de su sistema sucesorio y medieval sería un grave obstáculo... (En esta edición, pág. 64).

2.7. Conclusiones

1. Lezón enfoca el tema del Derecho civil foral de Vizcaya desde su experiencia como registrador de la propiedad, como operador jurídico y, por tanto, busca una aplicación real del Derecho vizcaíno, que ve muy próximo a la realidad social y consuetudinaria de ese territorio.
2. Su visión se halla anclada en la costumbre como manifestación primigenia del Derecho civil foral. Acude, en sus primeros artículos y a falta de regulación expresa en el Fuero Nuevo de 1526, a la práctica consuetudinaria del pueblo, sin olvidar a los tratadistas y la jurisprudencia generada incluso con anterioridad al establecimiento de los Tribunales en el siglo XIX.
3. Reconoce la existencia de una sociología propia de Vizcaya en su transmisión sucesoria y la encarna en una cultura jurídica que supone una serie de modos de pensar y prácticas de los operadores jurídicos de Vizcaya que constituyen una cultura jurídica civil foral propia a mantener y desarrollar.
4. A partir de la entrada en vigor de la CDCFVA en 1959 y a la hora de interpretar ese texto legal, se preocupa muy mucho de buscar criterios claros en la delimitación del territorio e introduce la idea absolutamente actual del Derecho civil foral de Vizcaya como el Derecho común de todo el territorio y la aplicación del Código Civil como excepción, en una afirmación que luego recogerá, muchos años después, la LDCFPV.
5. Considera los criterios de la CDCFVA como excesivamente causticos y poco claros, sin que ayuden a resolver la situación conflictual en Vizcaya. Da por buena la configuración de todo el

término municipal como sujeto al Código Civil al desaparecer el sustrato agropecuario de Bilbao, sustrato en el que ve el sentido del Derecho civil foral vizcaíno.

6. Trata de las instituciones más en boga en aquel momento como son el poder testatorio, la troncalidad y los llamamientos forales y la designación de heredero del nieto viviendo el padre con criterios forales, sin caer en la tentación de aplicar el Código Civil a un sistema como el vizcaíno de naturaleza muy distinta.
7. A la altura de los años ochenta del siglo XX y tras haber sido testigo de cambios legislativos de gran calado en el Derecho civil foral de Vizcaya, Lezón se decanta por un futuro que pasa por la extensión del Fuero a las villas, proceso que prevé dificultoso, pero que, a la postre y tras su fallecimiento en 1987, cuajará en la LDCFPV de 1992 y la LDCV de 2015.
8. En suma, Lezón es un testigo, a la vez que narrador con sus textos, de una larga trayectoria de cuarenta años de publicaciones (1946-1987) que evidencian su implicación como uno de los protagonistas del mundo jurídico vizcaíno, tal y como recoge el maestro Adrián Celaya en la presentación de este libro. Vio y vivió el tránsito desde el Fuero Nuevo de 1526 aplicado en el siglo XX a la CDCFVA y tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, la recuperación de las competencias legislativas por la vía del artículo 149.1.8 y su concreción para el País Vasco en el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 con su artículo 10: *La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias [...] 5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.*
9. Lezón es, como le define Celaya en la presentación de este libro, un jurista *competente y moderno* que vislumbró en momentos difíciles para el Derecho civil foral de Vizcaya y con antelación, el posterior desarrollo y proyección de instituciones como el poder testatorio, de gran alcance hoy en día, la posibilidad de elegir

entre el grupo de descendientes entre los cuales se encuentran los nietos/as y sobre todo la idea del Derecho civil foral de Vizcaya como el común en todo el territorio vizcaíno como clave de la posterior regulación legal y de su evolución actual. Era evidente que anticipó así los nuevos tiempos que empezaban para el Derecho civil foral de Vizcaya.

3. JOSÉ MARÍA SCALA Y LA PRÁCTICA JURÍDICA DEL DERECHO CIVIL FORAL DE VIZCAYA EN LOS AÑOS SESENTA A OCHENTA DEL SIGLO XX.

3.1. Datos biográficos y carácter de la obra de Scala

José María Scala de la Peña (1910-1995), letrado y especialista en temas de Derecho civil foral de Vizcaya, ejerció su profesión como abogado y asesor de diferentes empresas vizcaínas¹⁸. Persona estudiosa de múltiples temas¹⁹, publicó a lo largo de su vida diversos estudios sobre el Derecho civil foral de Vizcaya, que tuvieron como eje la CDCFVA y constituyeron un valioso material para conocer la primera interpretación de aquel texto legal, primero que se publicaba con fuerza de ley desde el Fuero Nuevo de 1526, así como el ambiente que existía entre los operadores jurídicos vizcaínos en torno al Derecho civil propio que carecía de desarrollo legal en el periodo transcurrido en el siglo XX²⁰.

¹⁸ Ver DE PABLO, S., BASTERRETA, A., CANGAS DE ICAZA, J. y REBOREDO, J. D.: *Historia del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya (1838-1992)*. Bilbao: Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 1992. Citan los autores en la página 262 el hecho de que Scala fue detenido durante la guerra civil (julio 1936-junio 1937) por su filiación política adscrita a *Renovación Española*. Además, y ya en la posguerra, fue también uno de los letrados más votado para el cargo de diputado segundo en la renovación de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Vizcaya (pág. 309).

¹⁹ No se incluyen en este volumen sus reflexiones sobre el Concierto Económico, por ser de índole diferente a las aquí editadas.

²⁰ Ver: URRUTIA BADIOLA, A. M.: *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)...* op. cit., y las reflexiones de quien fuera presidente de la Diputación de Vizcaya en aquel momento y jurista sobre el Derecho civil foral de Vizcaya: RUIZ SALAS, J. M.: «El derecho civil foral de Vizcaya y la época actual», *Zumárraga. Revista de Estudios Vascos*, núm. 6, 1956, págs. 11-31.

Lo cierto es que la CDCFVA, surgida al calor de las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza de 1946, marcó una impronta de la que luego han surgido los diferentes textos legales que han actualizado este Derecho.

Además de esa labor de estudio, y tal como señala el propio Adrián Celaya en el texto que sirve de presentación a este volumen, fue Scala quien le atrajo, primero a través de una conferencia y luego de diferentes conversaciones, a realizar su tesis sobre el Derecho civil foral de Vizcaya y a convertirse en el catalizador de su desarrollo y evolución desde 1965, fecha de la aparición de *Vizcaya y su Fuero civil* hasta bien entrado el siglo XXI.

Acotadas con esta brevedad las circunstancias de su biografía, hay que preguntarse por el contenido de sus reflexiones en torno a ese Derecho, recogidas en esta publicación. De nuevo estamos ante un jurista que opera sobre este Derecho desde la perspectiva del estudio de sus fuentes y de los autores doctrinales que le han precedido, lo que hace con gran rigor, dando muchas veces la pauta exacta de su interpretación.

Sus trabajos pueden clasificarse en dos grandes espacios temporales: el primero, inmediato a la publicación de la CDCFVA en 1959, en el que se ocupa con gran detalle de la aplicación territorial del texto legal a fin de delimitar las zonas aforadas y no aforadas de Vizcaya y que prosigue con una serie de entregas sobre la troncalidad, que se corresponden con los títulos primero y segundo, respectivamente, de la CDCFVA. Los textos se publican en la revista *Urbis*, de las Cámaras de la Propiedad del Norte de España²¹. Lo que no es una casualidad, ya que esa determinación del ámbito territorial tiene mucho que ver con los cambios que en ese momento se estaban dando en Vizcaya, con una fuerte inmigración económica y una necesidad urgente de vivienda²².

²¹ CÁMARA OFICIAL DE LA PROPIEDAD URBANA DE BIZKAIA-BIZKAIKO HIRI JABEGOAREN GANBARA OFIZIALA: *100 años al servicio de los vizcaínos. 100 urte bizkaitarren zerbitzura*. Bilbao: Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia, 2002.

²² Ver: PÉREZ PÉREZ, J. A.: «El problema de la vivienda en Vizcaya bajo el franquismo», *Vasconia*, núm. 31, 2001, págs. 243-273; SANTAS TORRES, A.: «La vivienda racional en el Gran Bilbao», *Bidebarrieta*, núm. 15, 2004, págs. 311-341; PÉREZ DE

La revista *Urbis* comienza su andadura en 1954. Los objetivos de la revista aparecen mencionados en su primer número, en el que la propia revista se define como *revista técnica: Desde hace ya algún tiempo ha venido siendo aspiración unánime de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Región Norte de España, el contar con una publicación de carácter técnico en la que pudieran exponerse los principales problemas que en el presente tiene planteados dicha clase de riqueza; con la doble finalidad de procurar, de forma objetiva y serena, su mejor estudio y conseguir, de paso, el que pueda ser de todos conocida la angustiosa situación en que actualmente se encuentra la propiedad urbana, para poder lograr así el cambio de coyuntura que resulta preciso alcanzar con toda urgencia si no se quiere que este importante estamento de la riqueza nacional derive a su total y completa ruina*²³.

Bajo la dirección y coordinación del secretario de la Cámara, Ramón Aréchaga Iza (1907-1991)²⁴, Scala colaboró durante los años finales de la década de los cincuenta y principio de los años sesenta con diferentes artículos en la revista, unos sobre el Derecho civil foral de Vizcaya y su relación con la propiedad del suelo y otros, no recogidos en este volumen entre los cuales destacan: *Algunos aspectos de la Ley de*

LA PEÑA, G.: «El problema de la vivienda pública en Bilbao en la posguerra. La propuesta de Germán Aguirre», *Bidebarrieta*, núm. 15, 2004, págs. 267-282; BILBAO, L.: «Algunas consideraciones sobre la historia de la industrialización de la construcción de viviendas durante el Desarrollismo (1960-1975): la aportación bilbaína al debate de la industrialización de la vivienda», *Informes de la Construcción*, vol. 58, 502, abril-junio, 2006, págs. 49-62 y MUÑOZ FERNÁNDEZ, F. J.: «Reconstrucción y vivienda. La arquitectura de los años de postguerra en el País Vasco 1937-1950», *Ondare*, núm. 25-2006, págs. 33-76.

²³ La Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de la provincia de Vizcaya había publicado hasta la guerra civil una revista mensual técnico-informativa bajo el título *Propiedad y Construcción* y con la dirección de Enrique de Landáburu, antecedente inmediato de *Urbis*. Sobre esta y otras revistas profesionales, ver: ALONSO OLEA, E. J.: «Medios de información gremiales, sectoriales y patronales. Hasta la Guerra Civil», *Bidebarrieta*, núm. 16, 2005, págs. 205-221.

²⁴ Fue el secretario de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Vizcaya y director de la revista *Urbis*. Desde joven ocupó cargos de responsabilidad, siendo secretario de la Escuela del Trabajo y del Instituto de orientación y selección profesional de Bilbao. En 1935 fue designado delegado del Gobierno de la República en Ceuta. Ver: *Blanco y Negro*, núm. 2275, 24-02-1935. Antes de la guerra civil, ya era abogado auxiliar de la Cámara de la Propiedad y, posteriormente, fue designado por concurso-oposición secretario de las Cámaras oficiales de la Propiedad Urbana por Orden de 27 de enero de 1941, BOE, de 1 de febrero de 1941, pág. 762.

*Arrendamientos Urbanos y el abuso del Derecho (1957-1958); Los daños y las obras abusivas, causas de resolución del arrendamiento urbano (1960); La inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad (1960-1961); Las casas por pisos. Explicación práctica de la Ley sobre propiedad horizontal, de 21 de julio de 1960 (1960); y La continuación en el arrendamiento de local de negocio por causa de muerte del arrendatario. Una sentencia importante (1960)*²⁵.

Como se deduce de los títulos anteriores, Scala combina el estudio del Derecho civil foral de Vizcaya con la nueva legislación de arrendamientos urbanos y propiedad horizontal que en aquel momento confluyen en el territorio de Vizcaya, que se encuentra, además, con una fuerte inmigración al calor de su industrialización y la necesidad de un planeamiento urbano que dará lugar a diferentes proyectos que cristalizarán desde fechas tempranas de la posguerra en el proyecto y la realidad del *Gran Bilbao*²⁶ y que incidirán en las soluciones que dará la CDCFVA, convirtiendo la totalidad del término municipal de Bilbao en territorio de Derecho civil común de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de dicho texto legal.

Años después, Scala publica de nuevo una serie de artículos sobre temas concretos del Derecho civil foral de Vizcaya, cuando ya han pasado más de dos décadas de la entrada en vigor de la CDCFVA,

²⁵ Ver: *Urbis. Revista Técnica. Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Región Norte de España*.

²⁶ La formulación del *Gran Bilbao* y las razones que sustentaron su desarrollo, pueden verse en: BEASKOETXEA GANGOITI, J. M. y MARTÍNEZ RUEDA, F.: «La creación del “Gran Bilbao” en el franquismo y el alcalde Joaquín Zuazagoitia (1942-1959)», *Bidebarrieta*, núm. 22, 2011, págs. 79-92. En lo que se refiere a la incidencia del proyecto en la aplicación del Derecho civil en Vizcaya, el punto fundamental era la forma de enfocar la relación entre Bilbao y las anteiglesias vecinas y aquellas otras que se había anexionado: *Uno de los puntos centrales en el origen de la definición del Gran Bilbao fue el tema de las anexiones. Como hemos comentado antes, el debate previo al Plan de 1945, había girado en torno a la disyuntiva entre anexión, es decir, dominio bilbaíno de las anteiglesias próximas, o mancomunidad, esto es, coordinación intermunicipal bajo arbitraje o dirección de la Diputación y mantenimiento de la personalidad histórica de las anteiglesias, opción preferida por sectores nacionalistas y tradicionalistas. Frente a esa disyuntiva, la opción defendida por Zuazagoitia y finalmente aprobada por el Gobierno franquista, fue una especie de tercera vía que aseguraba la hegemonía de Bilbao frente a los municipios de su comarca, pero sin absorber, por el momento, otros términos municipales* (pág. 89). Sobre la presión demográfica que supuso la fuerte oleada migratoria de aquellos años, cfr.: VÁZQUEZ, S.: «La avalancha que dobló la población de Euskadi en la década de los cincuenta». *El Correo*, 4-12-2019.

se ha producido el cambio de régimen en España y la recuperación de las competencias en materia de Derecho civil foral por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En el propio Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, nuevas generaciones de letrados han establecido su impronta en la Junta de Gobierno. Scala, que, como se ha citado, durante los años cincuenta había obtenido votos para poder optar al cargo de diputado segundo de la Junta, fue objeto de reconocimiento por parte de la nueva Junta que, presidida por Juan María Vidarte, le tributó un homenaje con motivo de sus cincuenta años de colegiación²⁷.

El homenaje fue seguido por la publicación en la *Revista mensual del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* de una serie de trabajos en los que Scala analiza temas de actualidad como la adopción por aforado vizcaíno, la costumbre como fuente del Derecho foral de Vizcaya, el apartamiento del padre en favor del nieto y los legados en el testamento por comisario. La publicación que se había iniciado como *Boletín* en enero de 1980, recogía en su primer número unas palabras de presentación del decano Vidarte de aquel *Boletín* que luego pasaría a ser *Revista: Ya desde hace tiempo, resultaba evidente la necesidad de que nuestro Ilustre Colegio contara con una publicación periódica. La importancia de nuestra Corporación en calidad y número de profesionales que la integran en la actividad desarrollada, e incluso en medios puramente físicos, era y es incongruente con la carencia de un medio propio de expresión y comunicación constante. La posibilidad de contar con un espacio abierto a las inquietudes jurídicas de tanto prestigioso compañero; la conveniencia de tomar conocimiento rápido de los criterios de la que se ha dado en llamar «pequeña jurisprudencia» y la necesidad de una mayor comunicación entre todos los colegiados, y entre estos y el propio Colegio —hoy relegada a actos distantes en el tiempo— avalan suficientemente el nacimiento de esta publicación*²⁸.

²⁷ *Homenaje a José María Scala. Según es tradición, en un acto íntimo, cordial y sumamente cálido, la Junta en representación del Colegio, rindió homenaje a este compañero por todos querido que ha tenido la ventura de alcanzar esa difícil meta, con un espíritu realmente envidiable, por su vigor, vitalidad y jovialidad. La entrega de una preciosa placa, y estos trabajos publicados en nuestra revista son la muestra del cariño y afecto de todos. Nuevamente Zorionak, José María. El Decano, en Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, mayo-agosto, 1982, pág. 9.*

²⁸ *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, enero-marzo, 1980, «Presentación del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya» por

3.2. Dos grandes temas: el ámbito territorial y la troncalidad en Vizcaya en la visión de Scala

3.2.1. El ámbito territorial

El primer tema que trata Scala en la revista *Urbis* es el de la territorialidad del Derecho civil foral de Vizcaya. Tema decisivo donde los haya, ya que, en aquel momento, con la foralidad civil vasca reducida a su mínima expresión, la vieja distinción entre villas y anteiglesias vizcaínas cobraba toda su dimensión. De ahí que no fuera baladí la fórmula que utilizó la CDCFVA en sus cuatro primeros artículos:

TÍTULO PRIMERO. De la aplicación territorial del derecho civil de Vizcaya. Artículo 1.º Las disposiciones del Libro Primero de esta ley rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya. Artículo 2.º Con la denominación de Infanzonado o tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, la ciudad de Orduña y todo el término municipal de Bilbao. Este territorio exceptuado se regirá por el Código Civil. Artículo 3.º En la denominación de villa, respecto de las doce no aforadas enumeradas en el artículo anterior, se comprende todo el territorio incluido en el perímetro actual o futuro de sus respectivos núcleos urbanos. Las heredades y tierra inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas no aforadas se presumirán anexas a los mismos por subordinación o destino y estarán regidas, por tanto, por el Código Civil, salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo. También se presumirán anejos al núcleo urbano de las doce villas no aforadas y regidos por el Código Civil: a) Las construcciones y espacios de terreno enclavados en su término municipal, cuando estén destinados a una explotación industrial, a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío. b) Los espacios de terreno enclavados en su término municipal afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo. Las precedentes reglas se aplicarán también a la ciudad de Orduña. Artículo 4.º Las modificaciones ad-

Juan María Vidarte de Ugarte, Decano del Colegio de Abogados, pág. 9. El Boletín pasó a finales de 1981 a ser Revista.

ministrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el derecho civil aplicable a los territorios afectados. Artículo 5.º Los efectos de los estatutos personal, real y formal de Vizcaya y para los vizcaínos, así como la condición de tales en relación con los demás territorios españoles de diferente legislación civil, se regularán por las normas establecidas por el título preliminar del Código Civil y disposiciones concordantes o por las Leyes generales que en el futuro regulen la materia. La vecindad local se determinará por las normas generales que regulen la ciudadanía y la vecindad civil.

La CDCFVA opta aquí, dentro de la polémica que se arrastraba desde antiguo en el Derecho civil foral de Vizcaya, por una posición favorable a los autores que restringieron la aplicación del Fuero al ámbito del caserío, pero a su vez establece ya limitaciones importantes aún dentro de ese espacio, derivadas de la reciente urbanización e industrialización de Vizcaya en aquel momento.

Así la dicción de la Exposición de Motivos queda un tanto rebajada de sus pretensiones: *Es más, el Derecho Foral vizcaíno, verdadero estatuto agrario, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial familiar y, al servicio de esa única preocupación, el derecho especial de Vizcaya es un instrumento de tan sorprendente perfección técnica en el armónico equilibrio de sus instituciones, que, aun con todo su arcaico sabor, puede servir de modelo al legislador actual.*

El legislador, sin embargo, intenta superar la dualidad legislativa de Vizcaya y lo hace recurriendo a una técnica más que dudosa: *A ello responde el título primero de la Compilación, mediante un sistema de normas correctivas que empiezan por extender la jurisdicción del Código Civil a todo el perímetro actual de las concentraciones urbanas de las villas no aforadas; deja después preparada la expansión automática del Derecho común al ritmo del desarrollo orgánico de aquéllas y, al llegar al área donde lo rural y lo urbano se interfieren y Código y Fuero entran en colisión, sienta una doble presunción encaminada a polarizar ambas jurisdicciones en torno a sus auténticas bases territoriales, centrando y acotando el Derecho Foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos. Con ello se sirve con fidelidad la ratio legis del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones, principalmente, en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno.*

La quiebra del sistema se produce en Bilbao, donde la necesidad de vivienda y la urbanización de los terrenos adyacentes, unidas a la anexión de las anteiglesias limítrofes como Begoña, Deusto y Erandio, hacen que el legislador tome una decisión drástica que muestra su convencimiento de la imposibilidad de adaptar este Derecho a las necesidades de la vida urbana, olvidándose de su aplicación en entornos urbanos de anteiglesias como Baracaldo, Santurce o Sestao de plena actividad industrial, configuración urbana y aplicación del Derecho civil foral de Vizcaya.

La opción es clara por considerar que no cabe el Fuero en Bilbao, dejando a un lado todos los territorios de Begoña, Deusto o Erandio que aún en esas fechas seguían siendo parte de utilización agropecuaria: *Pero esa misma sumisión a la idea central del Fuero impone un examen especial de la expansión urbana de Bilbao, villa que ha avanzado sin solución de continuidad hasta los límites de su actual término municipal. Todo el término de la capital es urbano en el sentido técnico de la palabra, y lo que no lo es ha perdido la esencia de su ruralidad y está impregnado de urbanismo por su inmediación o su inminente destino. En todo el término ha desaparecido, pues, la razón de ser del Fuero. Y, sin embargo, a pesar de la importancia de su capitalidad, del ritmo de su expansión inmobiliaria y del enorme desarrollo de su economía industrial, toda la intensa vida jurídica bilbaína sigue descansando sobre el movedizo terreno de la dualidad legislativa, cuyas fronteras han pasado a ser meros vestigios entregados a la conjectura y a la imaginación. Cabe, pues, declarar, excepcionalmente, de Derecho común todo el término municipal de Bilbao, porque no hay aquí retroceso alguno del Fuero, ya que en todo el término municipal ha desaparecido la razón de ser de su existencia. Y para completar las medidas de estabilización que se condensan en el título primero, el artículo 4.º cierra definitivamente el paso a toda posible intromisión administrativa en la jurisdicción del Fuero.*

Urbis se preocupa vivamente por el tema y en el mismo número que recoge el estudio de Scala sobre el territorio de Vizcaya y la aplicación de las dos legislaciones vigentes, se refiere en extenso al Plan General de Ordenación Comarcal de Bilbao. Dentro de la ordenación de la anteiglesia de Begoña, ya anexionada a Bilbao desde el año 1925, expone el inicio del Polígono de Ocharcoaga que prevéía la edificación de 3672 viviendas con sus correspondientes servicios. La revista

da cuenta de la firma el día 10 de noviembre de 1959 de la escritura pública de adquisición de los terrenos por parte del Ministerio de Vivienda y su Delegación de Vizcaya y titula su texto como *El plan de urgencia social de Vizcaya, en marcha. El poblado de Ocharcoaga. Contra el chabolismo y el subarriendo.*

A escasos cuatro meses de la entrada en vigor de la CDCFVA, los terrenos de la Anteiglesia de Begoña sujetos al Derecho civil foral y devenidos término municipal de Bilbao por obra del texto legal y por tanto fuera de su aplicación, pasan a ser el suelo que garantiza nuevas viviendas urbanas con que erradicar el chabolismo y el subarriendo motivados por la falta de viviendas. Los términos son claros: *Las laderas de Archanda, el monte Banderas, Enécuri, Castrejana, etcétera, etc. son otros tantos lugares en los que improvisadamente han surgido numerosos núcleos de chabolas que, formando un cinturón de hojalata y miseria, han venido cercando a Bilbao de forma cada vez más apretada, dando lugar al problema de su habitabilidad, por el peligro higiénico y moral que el mismo encierra, preocupe hondamente a nuestras autoridades, que vienen afánandose en hallar la fórmula mas adecuada que, dentro de la posibilidad de sus medios, ataje rápidamente tan grave mal²⁹.*

Huelga decir que aquella urbanización se estaba efectuando en un terreno de la anteiglesia de Begoña y, además, sujeta a troncalidad, lo cual no era el mejor basamento para iniciar la construcción de todo un barrio en Bilbao. El tema se solucionó mediante la extensión del Derecho civil común a todo el término municipal de Bilbao, incluido el terreno de la anteiglesia de Deusto, ya anexionado a Bilbao desde 1925.

Situado frente a estas disposiciones legislativas, Scala realiza un primer análisis dividiendo el tema en apartados, con una metodología habitual en sus textos y que muestra su visión amplia del tema, probablemente la más documentada de las publicadas hasta el momento³⁰, que discurre por los siguientes derroteros: I. La territorialidad en el

²⁹ *Urbis*, 1959, núm. 24, págs. 7-16.

³⁰ Ver: ASTORQUI, A.: *Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Álava*. Bilbao: Editorial Aranzadi, 1964 y posteriormente, CELAYA IBARRA, A.: *Compilación de Vizcaya y Álava, en ALBADALEJO, M. (dir.): Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Jaén: Edersa, 1979, tomo XXVI.

Fuero; II. La Territorialidad en los Proyectos de refundición del Fuero; III. Las villas; IV. Los criterios de territorialidad; V. Los principios informadores de los criterios; VI. Cuadro sinóptico de la territorialidad; VII. El término municipal; VIII. Los Planes de Urbanización; IX. El núcleo urbano; X. La contigüidad al núcleo urbano; XI. Del territorio a la huerta; XII. El sector rural de las Villas; XIII. Orden de preferencia de los criterios; XIV. Heredades y tierras; XV. El pertenecido; XVI. Lo voluntario y lo necesario en la territorialidad y XVII. El territorio foral y la troncalidad.

Dentro de estos epígrafes se marca como objetivo la formulación de unos criterios para deslindar los territorios de las villas sujetos a Derecho común y los de las Anteiglesias sujetos a Derecho civil foral. Establece cuatro tipos de criterios que el califica *de muy dispar índole*: el territorio, la situación, la dependencia y el destino de los bienes, y señala que los principios informadores de esos criterios son los ya reseñados por la Exposición de Motivos relativos al carácter agrario del caserío y su Derecho civil foral y al carácter de lo urbano sujeto al Derecho común, más el caso excepcional de Bilbao.

Una vez efectuado un primer análisis, Scala se esfuerza en trazar un cuadro sinóptico de los territorios y las legislaciones vigentes de acuerdo con la CDCFVA:

VI. CUADRO SINÓPTICO DE LA TERRITORIALIDAD

Los distintos supuestos producidos por las normas de la Compilación relativas a la territorialidad de las legislaciones civiles pueden sistematizarse así:

I. Terreno en el actual término municipal que no sea Bilbao, las 12 Villas y Orduña = Fuero.

II. Terreno en el actual término municipal de Bilbao = Código civil.

III. Terreno en el actual término municipal de una de las 12 Villas y Ciudad de Orduña:

III'. Terreno incluido en cualquier momento, en el perímetro del núcleo urbano = Código Civil.

III". Terreno fuera, en cualquier momento, del perímetro del núcleo urbano:

A) Afectado por plan de urbanización oficialmente aprobado = Código civil.

B) No afectado por plan de urbanización oficialmente aprobado:

1. Inmediatamente contiguo al núcleo urbano (heredades y tierras).

1'. No pertenecido de caserío = Código civil.

1''. Pertенecido de caserío:

a) Responde a la unidad de explotación agrícola del mismo = Fuero.

b) No responde a la unidad de explotación agrícola del mismo = Código civil.

2. Sin contigüidad inmediata al núcleo urbano (edificado o no):

2'. No pertenecido de caserío = Código civil.

2''. Pertенecido de caserío:

a) Destinado a actividad meramente agrícola = Fuero.

b) Destinado a uso o actividad distintos de la meramente agrícola = Código civil.

c) Destinado a explotación industrial = Código civil (En esta edición, págs. 80 y 81).

Scala, ante la complejidad de la situación que establecen los criterios de la CDCFVA muestra una opinión no muy favorable: *Ya comprendo que se pensará en la serie de cuestiones a que pueden dar lugar, y que seguramente producirán estas sutilezas, distingos y recovecos casuísticos, que no son lucubraciones del autor, que están allí, a flor de piel en el texto del artículo, al que basta con arañar un poco para que salgan: éstas y otras muchas más que sabrán descubrir el talento, la ingeniosidad o la malicia de los pleiteantes* (En esta edición, pág. 99).

Es precisamente la volatilidad y variabilidad de las fórmulas prescritas a la hora de determinar la aplicabilidad de una u otra legislación, la que hizo necesario, ya en la LDCFPV de 1992, la ruptura de estos límites y la fijación de unos límites estáticos entre la zona aforada y no

aforada de las villas, echando por tierra la dicotomía entre el Fuero como ley del caserío y el Código Civil como ley de lo urbano e industrial mediante unos mapas de cada villa aprobados por las Juntas Generales de Bizkaia el 4 de mayo de 1994, llegándose así a considerar el sistema jurídico vizcaíno como un sistema moderno, con origen en el caserío pero con aplicación total a una sociedad moderna, como ya ocurría en anteiglesias urbanas y fabriles como Sestao o Barakaldo, Las Arenas y Leioa.

Scala concluye con una leve nota de ironía, dirigida a los operadores jurídicos: *Sospechamos que ser Notario en Vizcaya va a resultar muy complicado...o muy sencillo* (En esta edición, pág. 103).

3.2.2. *La troncalidad*

La relación de Scala con la troncalidad, que trae causa del texto de la territorialidad como se ha expuesto, se plasma en los artículos recogidos en esta publicación, e insertos en la revista *Urbis*, artículos que quedaron inconclusos, puesto que el tercero de ellos anuncia que la serie *continuará*, pero no se publicó su continuación. La troncalidad vizcaína suponía una concepción distinta de la propiedad y su relación con su titular de aquella que regulaba el Código Civil. Además, la troncalidad imponía en beneficio de la familia troncal fuertes restricciones a la propiedad del suelo que, en un momento como aquel, finales de los cincuenta y principios de los sesenta, adquiría caracteres problemáticos a tenor de la necesidad de suelo para edificar que existía en Vizcaya.

Así las cosas, el esquema que desarrolla Scala en el análisis de la troncalidad parte y se conecta con el previo del territorio sujeto al Derecho civil foral de Vizcaya, y se despliega en una serie de apartados que desarrollan el tema de la troncalidad: I. Importancia y alcance de la institución. II. Subsistencia de la troncalidad foral. III. Antecedentes de la troncalidad foral de Vizcaya en las leyes de Castilla y los Fueros municipales. IV. Concepto de la troncalidad y V. La troncalidad en la Compilación foral. Tras esta primera entrega, una segunda abarca: I. Bienes raíces. II. Bienes en el Infanzonado y pasa en la tercera entrega publicada a continuar en el estudio de la categoría de los bienes raíces y su relación con los parientes tronqueros.

En lo relativo al punto I, Scala cita para calibrar la importancia de la troncalidad a los autores y tratadistas vizcaínos clásicos como Chalbaud, que considera esta institución como una de las tres básicas del sistema jurídico vizcaíno. Después trae a colación en su favor a Jado, Solano y Hormaeche y en contrario a Angulo Laguna, sin olvidar a García Royo, para cerrar con una frase lapidaria de Balparda sobre la falta de importancia de la troncalidad a la que suma a García Royo³¹.

Se pregunta Scala en el punto II si la institución subsiste. Tras citar a Lecanda y su propuesta de desaparición del derecho de saca, pensando en el retracto gentilicio que el Código Civil iba a regular, Hormaeche y Angulo se suman a la propuesta que Ozamiz ya había adelantado en el siglo XIX³². Chalbaud también modera su posición que Jado matiza para la sucesión al igual que Balparda.

El apartado III le sirve a Scala para explayarse en la troncalidad, tal como la han regulado el Fuero Viejo de 1452, el Nuevo de 1526 y la CDCFVA e imbricarlo con el hecho de haberse recogido estas fuentes escritas de la costumbre vivida. Tras analizar con gran erudición las leyes de Castilla al respecto y los Fueros municipales formula las claves para llegar a dar un concepto de la troncalidad en el apartado IV que encabeza con la definición de Chalbaud: *Troncalidad es relación estable de una raíz con una familia, para el asiento y conservación de esta; y derecho de troncalidad, el derecho de una familia poseedora de una raíz, ejercitable por cada uno de sus miembros según el grado de proximidad consanguínea con el poseedor actual de la raíz, para que ésta no salga de la familia en cuya potestad ha estado, sin el beneplácito de los individuos que la componen* (En esta edición, pág.121) y subraya que Jado, Balparda, Quadra Salcedo o Areitio enuncian el concepto de troncalidad. De nuevo cita a Angulo y Hormaeche y sus definiciones de la troncalidad y da un salto más

³¹ La falta de publicación de todas las entregas nos priva de conocer cuáles son sus referencias bibliográficas que en la mayoría de los casos son evidentes y razonablemente localizables. Ver bibliografía.

³² OZAMIZ, V.: «El Fuero y el Código Civil», *Revista de Vizcaya*, núm. 5, 1887, págs. 17-26.

allá trayendo al texto a autores como Gutiérrez³³ y Mouton³⁴ para acabar citando al jurista portugués Braga da Cruz³⁵, autor del trabajo más documentado sobre el principio de la troncalidad.

Scala, sin embargo, es crítico con estas definiciones y su aplicabilidad en Vizcaya, ya que busca una caracterización más amplia de la institución, lo que le lleva a aterrizar en la CDCFVA en el apartado V. Se pregunta por la terminología empleada, *parientes tronqueros y bienes troncales*. Tras un exhaustivo análisis concluye que la CDCFVA reserva el calificativo de *tronquero* para aplicarlo al pariente y el de *troncal* al parentesco, llamando también troncal a la línea parenteral, anticipando así una terminología que perdura hasta hoy.

Terminada esta primera entrega, la segunda está encabezada por un apartado I relativo a los bienes raíces cuya primera circunstancia es la de estar situados en el Infanzonado. Por eso necesita fijar el concepto de bien raíz y el de Infanzonado, este último, como ya se ha expuesto, de contornos casuísticos en la CDCFVA. Respecto al de bienes raíces, la remisión al Código Civil plantea el problema de algunas situaciones especiales como las de las minas, generadoras de copiosa jurisprudencia. Así las cosas, Scala entiende que la remisión al Código Civil es estática: *A nuestro juicio, deberá ser mantenido el catálogo de los bienes raíces a efectos de la troncalidad, aun cuando la relación de los bienes inmuebles dada en el artículo 334 resulte modificada* (pág. 130). Excluidas las minas, lo mismo ocurre con los manantiales. Cita a Roca Sastre, Gay de Montellá, Jado y Chalbaud. Reflexiona también sobre las sepulturas y concluye

³³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Examen comparado de las legislaciones especiales*. Madrid: Librería de Sánchez, 1874, 1.^a edición, tomos 6 y 7 y REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN: «Benito Gutiérrez y Fernández» en *Biografías de los expresidentes de la Academia y de los jurisconsultos anteriores al siglo XX inscritos en sus lápidas*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1911, págs. 243-251 y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C.: *El Jurisconsulto Benito Gutiérrez, entre la Historia y la razón*. Madrid: Seminario Jerónimo González. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mecantiles de España, 1997.

³⁴ MOUTON OCAMPO, L.: *Diccionario del Derecho Civil Foral copilado y consuetudinario*. Madrid: Imprenta de P. Apalategui, tomo I. 1904, tomo II. 1905 y tomo III, 1906.

³⁵ BRAGA DA CRUZ, G.: *O direito de troncalidade e o regime jurídico do patrimônio familiar*. Braga: Livraria Cruz, 1941 y 1947, 2 volúmenes.

que están sujetas a los preceptos de la Compilación sobre los bienes troncales (En esta edición, pág. 135).

Explicita las fincas que son parte del Infanzonado y las construcciones y demás, sentando un criterio negativo cara a la CDCFVA, *Consecuencia de una falta de un sistema ajustado a la realidad de las cosas es la diversidad de criterios y el casuismo desmesurado que la Compilación adopta para discriminar la calidad troncal o no troncal de los bienes; así como la mutabilidad de la condición de algunos de ellos* (En esta edición, pág. 141).

La tercera y última entrega que se publicó comienza con unas palabras críticas: *Abruma pensar las vacilaciones en que se verá envuelto el Notario que haya de autorizar una escritura de venta de un terreno en la zona rural de cualquiera de las villas asoradas o de la vecindad de Orduna ¿Deberá o no practicar los llamamientos a los tronqueros?* (En esta edición, pág. 145). Habla de los tres elementos de la troncalidad: *la naturaleza raíz, la situación en el Infanzonado y la condición troncal. Fijadas las dos primeras, a lo que atienden los artículos citados, no queda, con ello solo, despejada la tercera incógnita* (En esta edición, pág. 147). Cita a Manresa, Apalategui, Castán y Clemente de Diego y se pregunta por la naturaleza troncal de los diferentes tipos de filiación y descendientes que el Código Civil regulaba en aquel momento.

Muchas de las objeciones de Scala han sido ya superadas por la LDC-FPV y hoy, aun subsistiendo la troncalidad para el territorio de Vizcaya, su regulación está mucho más atemperada con los tiempos actuales, habiendo desaparecido el derecho de saca de los bienes raíces sitos en el Infanzonado en el caso de las transmisiones onerosas de los situados en suelo urbano o urbanizable sectorizado, recogiendo así la terminología urbanística en boga.

3.3. Los textos de Scala sobre temas del Derecho civil foral de Vizcaya en los años ochenta del siglo XX

El segundo grupo de textos de Scala en relación con la CDCFVA se publica ya en los años ochenta y más concretamente a partir de 1982, en la *Revista profesional del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia*, incidiendo una vez más en esa doble vertiente, teórica y profesional del

autor. Es el momento de sus 50 años de colegiación (1932-1982) y el homenaje escrito que le tributa el decano Vidarte ya mencionados³⁶.

El primero de esos textos en publicarse en esta recopilación es el relativo a la adopción por aforado vizcaíno. La cuestión está hoy superada y pasaba en aquel momento de modernización del ordenamiento jurídico español por saber si la adopción con su nueva regulación en el Derecho civil común tenía las mismas características en el Derecho foral de Vizcaya. Ante la ausencia de regulación en la CDCFVA y en sus antecedentes, Scala entiende que cabe la aplicación del Derecho civil común salvo incompatibilidad con las disposiciones de la CDCFVA. Cita en extenso la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1977 y se pregunta por el tema central, esto es, si el hijo adoptivo es o no pariente tronquero, eliminando las pretensiones sucesorias de las líneas ascendente y colateral.

La Sentencia se decanta por intercalar al hijo adoptivo pleno en el orden de los hijos legítimos en la sucesión intestada³⁷ con una serie de limitaciones importantes, ya que la adopción solo genera efectos entre adoptante y adoptado, pero no con el resto de la familia del adoptante, siendo así que la troncalidad tiene un sentido familiar. Ante tal situación, Scala propugna la necesidad de que se regule la adopción en el Derecho civil foral de Vizcaya, lo que efectivamente ocurrió años después con la LDCFPV, Artículo 20. *Son parientes tronqueros: El parentesco troncal para los hijos adoptivos se determinará, en las líneas ascendente y colateral, como si el adoptado fuese hijo por naturaleza del adoptante*, y el Artículo 53. *La sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere por el*

³⁶ Ver nota 26.

³⁷ Considerando que respecto a la primera de las tesis enunciadas se impone la desestimación; pues no refiriéndose para nada la Compilación de Derecho de Vizcaya de 30 de julio de 1959 a la adopción, cuando se presenta un caso de ella en territorio foral, ha de aplicarse como supletorio, según el artículo 12 del Código Civil, las disposiciones de dicho Código; por tanto, al dar la legislación común sobre adopción en la herencia del padre adoptante un Derecho al hijo adoptivo, dichas disposiciones han de ser respetadas al fijar el orden de suceder en la herencia intestada en Derecho foral, intercalando a los hijos adoptivos, entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación y en el orden en que, por la asimilación le corresponda, al igual que ha de respetarse en el Derecho común, que tampoco menciona en las disposiciones referentes al abintestato, artículos 930 a 932, a los hijos adoptivos. Ver texto en www.forulege.com, sección jurisprudencia.

siguiente orden: 1. A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes. 2. A los padres y demás ascendientes, en un camino que siguió la LDCV³⁸.

El segundo texto de este grupo supone una reflexión sobre un tema difícil, como es la costumbre en cuanto fuente del Derecho civil foral de Vizcaya. Ante la ausencia de una regulación expresa de su papel como fuente del Derecho en la CDCFVA se plantea Scala su posición, *Sólo una toma de posición preconcebida puede sostener la ausencia de la costumbre en un sistema jurídico cuyos cuerpos legales justifican con tenacidad sus preceptos acudiendo a la costumbre* (En esta edición, pág. 185) y observa similitudes de la CDCFVA con el Fuero Nuevo de 1526. Trae a colación a Jado, García Royo, Areitio y Celaya³⁹ y deja constancia de sus dudas respecto al rol de la costumbre, *Es fácilmente apreciable que si en el análisis de la admisión o rechazo de la costumbre en el derecho constituido por el Fuero no hemos sabido o no hemos podido establecer un criterio que nos resulte convincente sin reservas, tampoco han debido de encontrar bases suficientes de certidumbre García Royo y Celaya* (En esta edición, pág. 187), y concluye, *Consideramos, con respecto de cualquier otra opinión, necesario de toda necesidad que en la reforma que imprescindiblemente debe producirse en el derecho foral vizcaíno, sin que, probablemente, resulte oportuno ni provechoso hacerlo «a lo navarro», se introduzca a la costumbre interpuesta entre las disposiciones contenidas en la Compilación y el Código Civil* (En esta edición, pág. 192).

El tema apuntado por Scala tendrá su manifestación en la LDCFPV, en la que el Fuero Civil de Bizkaia recogerá expresamente la costumbre entre las fuentes del Derecho civil foral de Bizkaia: *Artículo 1. 1. Constituyen el Derecho Civil Foral de los Territorios Históricos del País Vasco las disposiciones de esta Ley, la costumbre y los principios generales del derecho que lo inspiran, de acuerdo con su tradición. 2. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada.*

³⁸ TORRALBA SORIANO, V: «Los efectos sucesorios de la adopción en el Derecho vizcaíno» en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho Civil*. Oñati: Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea-Instituto Vasco de Administración Pública, 1983, págs. 369-382.

³⁹ En lo relativo a la costumbre como fuente del Derecho civil foral de Vizcaya, véase: ARZANEGUI SARRICOLEA, J: «La actualización del Fuero civil de Vizcaya. Su adecuación a la presente realidad social», en *Los Derechos históricos vascos. II Congreso mundial vasco*. Oñati: HAEE/IVAP, 1988, págs. 237-252.

El tercer texto de este grupo entra en la tan debatida cuestión del apartamiento del hijo en favor del nieto. La cuestión, ya analizada por Lezón (En esta edición, págs. 51-59), la examina Scala, una vez más con las citas de los autores clásicos Hormaeche, Chalbaud, Vicario, Angulo, Solano, Jado, García Royo, Celaya y los proyectos de Apéndice al Código Civil. El colofón de Balparda abre el camino para la posición de Scala en relación con la CDCFVA y su artículo 23 en el que señala una posición diferente de la de Lezón, ya explicada y que es favorable a la opción de poder designar al nieto apartando al padre vivo. Scala es contrario a esa opción y cita a García Royo y, con menor firmeza, en su opinión, a los hermanos Oleaga⁴⁰ y Celaya. Hoy, tras la LDCFPV, el tema está ya resuelto a favor de la opción, *Artículo 53. La sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere por el siguiente orden: 1. A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes. 2. A los padres y demás ascendientes. Artículo 54. El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo. Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión. Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido.* La LDCV sigue la misma línea.

El cuarto y último texto de este grupo se refiere a un tema de actualidad incluso hoy en día como es el de las facultades del comisario foral para entregar los legados ordenados por el comitente fallecido. Celaya, García Royo, Jado, Solano, Angulo, Balparda, Chalbaud y Hormaeche desfilan por estas páginas en boca de Scala que llega a una serie de conclusiones; *A la vista de todo esto, nos parece suficientemente seguro que el testador que dispone un legado puede también, al margen del que es*

⁴⁰ OLEAGA Y ECHEVERRIA, F. J.: «Herencia de los nietos con padres sobrevivientes, en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Álava» en AA. VV.: *Los Derechos históricos vascos*. Oñati: Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea-Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, págs. 255-259.

propriamente poder testitorio, en lo que es testamento propriamente dicho, nombrar albacea, facultado para la entrega del legado, al comisario (En esta edición, pág. 227). Pero si el testador comitente se limita a nombrar comisario para que designe heredero o herederos, este comisario carecerá, forzosamente, de facultades para entregar tales legados dispuestos por el testador. Adviéntase que el comisario no es un albacea que representa a la herencia y da por supuesta la existencia de heredero. El comisario «produce» la herencia; crea al heredero (En esta edición, pág. 228).

Y apostilla lo absurdo de la situación; Se crea, en consecuencia, una situación en *la que no hay heredero, pues aún no ha sido ejercitado el poder testitorio; no hay albacea, pues no lo es el comisario; tampoco ha recibido el comisario mandato de entregar el legado; el legatario no puede ocupar lo legado; tampoco puede pedir la entrega, porque no hay nadie que pueda facilitársela. Más, ni siquiera puede exigir al nombrado comisario que ejercite el poder testitorio. Si el testador ha señalado plazo, porque contra su voluntad no puede prevalecer la del legatario, pues el testador, al propio tiempo que disponía el legado, señalaba al comisario el plazo para ejercitar el poder. Si el testador no ha señalado plazo, porque su inicio y final lo fija la Compilación en el artículo 19; y es claro que el comisario podrá aprovechar, o desaprovechar, todo el plazo legal (En esta edición, pág. 228).*

La regulación actual de este tema tuvo un antecedente en la LDC-FPV: Artículo 32. *El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.* Posteriormente, la LDCV ha profundizado en la relación entre la sucesión a título particular y la universal y ha ampliado el estatus del comisario, para todo el País Vasco, en la línea propugnada por Scala: Artículo 19. *Sucesión universal y particular. 1. La sucesión puede ordenarse a título universal o particular. 2. Es heredero el designado a título universal en todo o en una parte alícuota de la herencia. El heredero adquiere los bienes y derechos del causante, continúa su posesión, se subroga en sus obligaciones y queda obligado a cumplir las cargas de la herencia. 3. El sucesor a título particular o legatario puede hacer valer su derecho contra los herederos universales para exigir la entrega o pago del legado. 4. El heredero que sea, a la vez, legatario, podrá aceptar el legado y repudiar la herencia. Artículo 20. Relación entre sucesión universal y particular. Salvo disposición en contrario del testador, el instituido a título particular como sucesor en un patrimonio familiar o profesional, cuyo valor sea superior a las tres cuartas*

partes de la herencia, será tenido, a todos los efectos, como heredero universal. Si fuera heredero forzoso, la institución se imputará a la legítima, si el testador no ha dispuesto lo contrario.

Una vez más, Scala intuye y se adelanta a una problemática existente en la sociedad y que luego ha sido objeto de reforma y actualización en el sistema de Derecho civil propio de Bizkaia y del País Vasco.

3.4. Conclusiones

1. Scala escribe sobre el Derecho civil foral de Vizcaya desde la atalaya de la CDCFVA. Conoce los antecedentes legales, doctrinales, jurisprudenciales y el Derecho consuetudinario de Vizcaya, amén de la sociología jurídica que sirve de base a sus análisis. En sus textos recoge las contribuciones anteriores antes de expresar sus soluciones que en todo caso se basan en su práctica diaria como operador jurídico.
2. Critica los parámetros dados por la CDCFVA al problema siempre candente de la dualidad legislativa entre territorios, personas y legislaciones en Vizcaya. Su análisis es el más completo de los efectuados, tal como lo reconoce el propio Lezón, que se ocupa también del tema como ya se ha visto. Su crítica se basa en el excesivo casuismo de la CDCFVA a la hora de intentar resolver la regulación de ese dilema capital en la existencia del Derecho civil foral de Vizcaya.
3. Ligado casi indisolublemente a estos parámetros, Scala se plantea el tema de la troncalidad vizcaína y sus ribetes en un momento en el que el avance de la urbanización del suelo y la premura por satisfacer las necesidades de vivienda en Vizcaya, hacía que esta institución, ligada necesariamente con la unidad del caserío y su vinculación familiar, plantease serios problemas para su supervivencia, tanto entonces como hoy en día.
4. Scala tiene ante sí otras cuestiones que son de actualidad cuando escribe, junto con otras más clásicas como la adopción por aforado vizcaíno, la posibilidad de designar heredero al nieto, vivien-

do el padre, o la entrega de legados por parte del comisario, sin olvidar el papel de la costumbre en el sistema jurídico vizcaíno.

5. El primer tema relativo a la posible adopción por parte de un vizcaíno aforado se produce en una situación cronológica peculiar. Si bien hoy la cuestión se encuentra ya superada, la regulación de la CDCFVA no incluyó la reforma en materia de adopción del Código Civil de los años ochenta del siglo pasado, con lo cual la pregunta era si el adoptado por aforado vizcaíno es o no pariente tronquero a los efectos de la troncalidad y si, en consecuencia, cierra el camino a las líneas ascendente y colateral a la hora de fijar los efectos de la troncalidad. Tras una cita en extenso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1977, Scala que ve argumentos a favor y en contra, se decanta porque se regule esta situación en las futuras reformas del sistema jurídico vizcaíno, lo que ya ocurrió a través de la LDCFPV que estableció en su artículo 20 la equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza.
6. Scala avanza en un tema que en su día fue vidrioso y que hoy ya aparece regulado tanto en la LDCFPV de 1992 como en la actual LDCV de 2015, superando la ausencia de regulación de un sistema de fuentes en la CDCFVA y, por tanto, solicita expresamente que en las futuras reformas del Derecho civil vizcaíno que él considera imprescindibles, se recoja el papel de la costumbre, para él ineludible en el sistema jurídico vizcaíno.
7. En lo relativo al apartamiento del padre viviendo el nieto, el criterio de Scala es contrario al de Lezón en el sentido de entender que no cabe el derecho de representación en el sistema foral vizcaíno. Cita como favorables a su tesis a los hermanos Oleaga y a Adrián Celaya, todo ello a la hora de interpretar el artículo 23 de la CDCFVA. Hoy en día, la posibilidad está ya admitida tanto por la LDCFPV como por la LDCV, ya citadas.
8. En los legados hechos en la sucesión por comisario, Scala trata un tema que es de gran actualidad, defiende que el testador

pueda facultar al comisario para entregar los legados e, incluso, nombrarle albacea facultado para dicha entrega. No así cuando el comisario solo está facultado para designar heredero, con lo cual no podrá el legatario exigirle la entrega del legado. Ello no obstante, Scala entiende que el tema está sujeto en ese caso al Código Civil.

9. En opinión de Celaya, *Scala era un hombre muy afable, el primero que me inclinó a estudiar los temas de nuestra foralidad, y me animó a dedicar mi tesis a este tema, su estilo era el de un jurista moderno, con un gran conocimiento de la historia y de las opiniones científicas de nuestro tiempo. Antes de abordar el tema examinaba de manera exhaustiva todos los antecedentes históricos. Pero nunca se entregaba a las reflexiones románticas...* (pág. xvii).

4. BIBLIOGRAFÍA

Revistas

Blanco y Negro, núm. 2275, 24-02-1935

Boletín del Colegio Nacional de Registradores

El Correo

Estudios de Deusto

Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Urbis. Revista Técnica. Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Región Norte de España

Artículos y libros⁴¹

AA.VV.: *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)*. (Introducción y edición de Andrés María Urrutia Badiola). Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, facsímil de la edición de 1902.

⁴¹ En esta bibliografía no se han incluido las obras tradicionales de Derecho civil foral de Vizcaya de Hormaeche, Chalbaud, Jado, Angulo, Quadra Salcedo, y otros, por no citar Lezón y Scala, salvo en contadas ocasiones, el texto concreto en que basaban su opinión. La mayoría de esas obras pueden consultarse en facsímil en

- ALONSO OLEA, E. J.: «Medios de información gremiales, sectoriales y patronales. Hasta la Guerra Civil», *Bidebarrieta*, núm. 16, 2005, págs. 205-221.
- ARZANEGUI SARRICOLEA, J.: «La actualización del Fuero civil de Vizcaya. Su adecuación a la presente realidad social», en *Los Derechos históricos vascos. II Congreso mundial vasco*. Oñati: HAEE/IVAP, 1988, págs. 237-252.
- ASTORQUI, A.: *Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Álava*. Bilbao: Editorial Aranzadi, 1964.
- AURREKOETXEA AURREKOETXEA, X.: «La dualidad legislativa en el municipio y Villa de Bilbao», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Año 5, núm. 14, 2007, págs. 9-55.
- BEASKOETXEA GANGOITI, J. M. y MARTÍNEZ RUEDA, F.: «La creación del “Gran Bilbao” en el franquismo y el alcalde Joaquín Zuazagoitia (1942-1959)», *Bidebarrieta*, núm. 22, 2011, págs. 79-92.
- BERAUD, F. y LEZÓN Y FERNÁNDEZ, M.: *Tratado de Derecho Inmobiliario adaptado al programa de oposiciones a notarías*. Madrid: Instituto Reus, 1927, tomo I.
- BILBAO, L.: «Algunas consideraciones sobre la historia de la industrialización de la construcción de viviendas durante el Desarrollismo (1960-1975): la aportación bilbaína al debate de la industrialización de la vivienda», *Informes de la Construcción*, vol. 58, 502, abril-junio, 2006, págs. 49-62.
- BRAGA DA CRUZ, G.: *O direito de troncalidade e o regime jurídico do patrimônio familiar*. Braga: Livraria Cruz, 1941 y 1947, 2 volúmenes.
- CÁMARA OFICIAL DE LA PROPIEDAD URBANA DE BIZKAIA-BIZKAIKO HIRI JABEGOAREN GANBARA OFIZIALA: *100 años al servicio de los vizcaínos. 100 urte bizkaitarren zerbitzura*. Bilbao: Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bizkaia, 2002.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: «LEZÓN NOVOA, Manuel Ricardo », en *Índices generales de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Años 1925-1984*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1986, tomo I, pág. 55.
- CELAYA IBARRA, A.: *Vizcaya y su Fuero civil*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1965.
- : *Compilación de Vizcaya y Álava*, en ALBADALEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Jaén: Edersa, 1979, tomo XXVI.

la web de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen euskal akademia. www.avd-zea.com en la colección Clásicos de Derecho Vasco/ Euskal Zuzenbidearen Klasikoak.

CLAVERO, B.: «Anatomía de España. Derechos hispanos y Derecho español entre Fueros y Códigos», en CLAVERO, B.; GROSSI, P. y TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Hispania entre Derechos propios y Derechos nacionales. Atti dell'incontro di Studio. Firenze-Lucca 25, 26, 37 maggio 1989.* Milano: Giuffrè Editore, 1990, tomo I, págs. 47-86.

DE LA PLAZA Y SALAZAR, C.: *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil. Segunda edición 1899.* (Introducción y edición de A. Celaya Ibarra). Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2006, facsímil de la edición de 1899.

DE PABLO, S., BASTERNA, A., CANGAS DE ICAZA, J. y REBOREDO, J. D.: *Historia del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya (1838-1992).* Bilbao: Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 1992.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años», en BAYOD LÓPEZ, C. (Dir.): *La Constitución Española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 21-46.

— J.: «Los Derechos civiles forales (siglos XIX y XX): Un tercio de España», *Quaderni Fiorentini per la historia del pensiero giurídico moderno*, núm. 50, 2021, págs. 651-704.

DOMÍNGUEZ Y BARROS, J.: «Cuestiones Prácticas. Inscripción de ventas de inmuebles sitos en Vizcaya, sin llamamientos forales», *Revista de Derecho Privado*, Año VI, núm. 63, 1918, págs. 360-363.

DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C.: *El Jurisconsulto Benito Gutiérrez, entre la Historia y la razón.* Madrid: Seminario Jerónimo González. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mecantiles de España, 1997.

ECHEGARAY CORTA, B: *Estudios de Derecho Privado vasco 1919-1951* (Introducción y edición de Andrés María Urrutia Badiola). Bilbao: Academia Vasca de Derecho y Editorial Dykinson SL, 2021.

FERRAJOLI, L.: *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX.* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

FERRANTE, R.: «Cultura giuridica e codificazione», *Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit. Histoires des cultures juridiques* 2/2009 (fecha consulta 10-11-2025), disponible en <http://journals.openedition.org/cliothemis/1793>, págs. 1-35

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Examen comparado de las legislaciones especiales.* Madrid: Librería de Sánchez, 1874, 1.^a edición, tomos 6 y 7.

ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD: «Don Manuel Lezón y Fernández (1861-1934)» en *Hecto-anuario. Cien años de aplicación de la Ley Hipotecaria (1861-1961)*. Madrid: Imprenta San José, 1961, págs. 337-343.

LEZÓN Y FERNÁNDEZ, M.: *Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1903.

—: *El Derecho consuetudinario de Galicia* (Memoria que obtuvo el segundo premio en el cuarto concurso especial sobre Derecho consuetudinario y economía popular abierto por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas para el año de 1901). Madrid: Imprenta del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, 1903.

—: *El regionalismo. Conferencia pronunciada en la Sesión Pública de 14 de mayo de 1918*. Madrid: Establecimiento tipográfico de Jaime Rates, 1918.

MOUTON OCAMPO, L.: *Diccionario del Derecho Civil Foral copilado y consuetudinario*. Madrid: Imprenta de P. Apalategui, tomo I. 1904, tomo II. 1905 y tomo III, 1906.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, F. J.: «Reconstrucción y vivienda. La arquitectura de los años de postguerra en el País Vasco 1937-1950», *Ondare*, núm. 25-2006, págs. 33-76.

OLEAGA Y ECHEVERRIA, F. J.: «Heredencia de los nietos con padres sobrevivientes, en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Álava» en AA. VV.: *Los Derechos históricos vascos*. Oñati: Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea-Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, págs. 255-259.

OZAMIZ, V.: «El Fuero y el Código Civil», *Revista de Vizcaya*, núm. 5, 1887, págs. 17-26.

PÉREZ DE LA PEÑA, G.: «El problema de la vivienda pública en Bilbao en la posguerra. La propuesta de Germán Aguirre», *Bidebarrieta*, núm. 15, 2004, págs. 267-282.

PÉREZ PÉREZ, J. A.: «El problema de la vivienda en Vizcaya bajo el franquismo», *Vasconia*, núm. 31, 2001, págs. 243-273.

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN: «Benito Gutiérrez y Fernández» en *Biografías de los expresidentes de la Academia y de los jurisconsultos anteriores al siglo XX inscritos en sus lápidas*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1911, págs. 243-251.

RUIZ SALAS, J. M.: «El derecho civil foral de Vizcaya y la época actual», *Zumárraga. Revista de Estudios Vascos*, núm. 6, 1956, págs. 11-31.

SANTAS TORRES, A.: «La vivienda racional en el Gran Bilbao», *Bidebarrieta*, núm. 15, 2004, págs. 311-341.

*Elementos para el estudio del Derecho civil foral de Vizcaya
en la posguerra: Lezón y Scala, operadores jurídicos*

TORRALBA SORIANO, V.: «Los efectos sucesorios de la adopción en el Derecho vizcaíno» en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho Civil*. Oñati: Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea-Instituto Vasco de Administración Pública, 1983, págs. 369-382.

URRUTIA BADIOLA, A. M.: *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*. Bilbao: Zuzenbidearen Euskal Akademia-Academia Vasca de Derecho, 2013.

IV

TEXTOS DE

MANUEL RICARDO

LEZÓN NOVOA



Manuel Ricardo Lezón Novoa (1911-1987)

[1]

«Cuestiones que plantea
el testamento por comisario
regulado por el Fuero de Vizcaya
(anterior a la Compilación de esa región)»

LEZÓN NOVOA, M. R.:

En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1946,
núm. 216, págs. 298-309

Cuestiones que plantea el testamento por comisario regulado por el Fuero de Vizcaya

La Ley 3.^a, título XXI, del Fuero de Vizcaya permite el otorgamiento de poder a favor de cualquier persona (esposo, esposa, pariente o amigo) con el fin de que el apoderado haga la elección de heredero o herederos del poderdante y distribuya su caudal relictio en la forma que tenga por conveniente.

La práctica es que dicho poder se otorgue recíprocamente entre los futuros contrayentes con motivo de su contrato de capitulaciones matrimoniales, al objeto de evitar las perniciosas consecuencias que los abintestatos acarrean a la familia rural vizcaína. Esta práctica es tan constante, que rara vez se otorga el poder testitorio a favor de extraños.

El examen de esta institución en su manifestación más frecuente (poder recíproco entre futuros contrayentes o entre cónyuges) suscita interesantes problemas de difícil solución, ya que en el Fuero de Vizcaya sólo existe una Ley (la Ley 3.^a del título XXI) que regula la materia. Según esta Ley, puede, como hemos dicho, otorgarse poder para testar a favor de cualquier persona (esposo, esposa, pariente o amigo); esta persona apoderada queda investida de las mismas facultades que tendría el poderdante, del que se convierte en un «alter ego», obrando en su nombre y por su cuenta; dicha Ley también nos dice el plazo dentro del cual ha de hacer uso el comisario de las facultades de que se halla investido: año y día desde la muerte del poderdante, si los herederos tuviesen en esa fecha edad suficiente para poderse casar, y si al tiempo de fallecer el poderdante fuesen sus herederos de edad pu-

pilar, los comisarios tendrán de plazo todo el tiempo que los herederos sean menores de edad y estén en disposición de poder casarse y un año más. La Ley no dice más, dejando de resolver una porción de cuestiones, todas ellas de gran interés, que trataremos de exponer e intentaremos resolver en el curso del presente trabajo.

El primer punto digno de estudio es el referente a la naturaleza jurídica de esta institución foral. Se trata de un problema doctrinal, y, como es natural, tendremos que buscar en la doctrina y en el derecho regional comparado su solución acertada, de la cual depende, por otra parte, la solución de otras cuestiones positivas. Situados en este terreno, hemos de confesar nuestro fracaso investigador: los tratadistas de derecho foral vizcaíno se limitan a glossar la Ley 3.^a, a interpretarla y a señalar sus fuentes supletorias. No pasan de ahí; ninguno se preocupa de desentrañar la verdadera significación jurídica del poder testitorio, que no es solamente una simple delegación de la facultad de testar. Únicamente Angulo y Laguna dedica alguna atención a este aspecto doctrinal, llegando a la conclusión de que se trata de una aplicación al caso de la teoría de la representación directa. Para este tratadista, el comisario foral es un representante del comitente. Aquí acaban todas sus especulaciones.

Nosotros opinamos que con lo dicho por el Sr. Angulo Laguna no queda precisada la verdadera significación y alcance del poder testitorio. Ciertamente, el comisario foral es un representante del poderdante, es su «alter ego»; pero también es algo más. Una ojeada por el derecho foral de otras regiones nos convencerá de esto. En Cataluña es costumbre muy frecuente que el marido instituya heredera vitalicia a su mujer—aunque menos frecuente, también la mujer puede instituir al marido—, confiándole la facultad de distribuir los bienes entre los hijos de ambos y para que entre ellos nombre heredero al que tuviere por conveniente. Si se trata de una costumbre contra *legem*, porque habiendo hijos, que son legítimos, no se puede instituir al cónyuge; sin embargo, la jurisprudencia ha sancionado esta costumbre (Sentencias de 12 de diciembre de 1862 y 22 de octubre de 1864). La Sentencia de 30 de junio de 1866 declara que dicha facultad de elección de heredero no puede confundirse con la de un mero comisario, y Durán y Bas opina que se trata en estos casos de una mezcla de herencia de

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

confianza y de testamento por comisario, sin ser una y otro. Si de Cataluña pasamos a Mallorca, nos encontramos en esta región con otra institución parecida a la catalana : el heredero distributario. Es ésta una institución también consuetudinaria en virtud de la cual encomienda el marido a la mujer, o ésta a aquél, la elección de heredero. Al cónyuge comisario se le instituye también heredero usufructuario, o bien se le nombra heredero propietario, y en ambos casos goza, además, de la facultad de elección de heredero. Por último, en Aragón, además del testamento por fiduciario admitido por el Apéndice, existe en la provincia de Huesca, según testimonios de Costa y otros tratadistas, la costumbre de encargar en capitulaciones matrimoniales el otorgamiento del testamento del cónyuge premuerto al cónyuge sobreviviente y a los parientes más cercanos. Como vemos, el poder testatorio vizcaíno guarda gran semejanza con las instituciones regionales citadas. Ninguna, ciertamente, tiene una naturaleza homogénea ; pero sí tienen características comunes, como son el robustecimiento de la autoridad del viudo y la continuación de la pequeña vinculación familiar—o «propiedad cultural», como la llama Spengler—a base de indivisión patrimonial y heredero único. La conservación de la «masía» catalana, de la «casa» aragonesa y mallorquina y del «caserío» vasco, así como la atribución indivisa de estas unidades orgánicas de explotación al heredero más capacitado, es la finalidad común que persiguen todas estas instituciones de sabor consuetudinario, y como medio eficaz de lograr esta finalidad atribuyen al viudo o viuda facultades que exceden de la ley escrita, pero que el pueblo acepta y aprueba, como son el usufructo vitalicio y universal de todo el patrimonio relicto, sin inventario, sin obligación de afianzamiento ni rendición de cuentas.

Después de lo dicho, podemos concluir sentando la afirmación de que el poder testatorio vizcaíno, tal como se concibe y aplica en la práctica, consagrada por costumbre inmemorial y arraigadísima, se aparta notablemente de la ley escrita del Fuero, reproducción casi textual del Fuero Real, después reformado por las Leyes de Toro en sentido restrictivo. En cambio, su similitud con las otras instituciones regionales es muy grande, como acabamos de ver. En efecto, la población rural de Vizcaya ve en el viudo comisario un usufructuario poderoso, universal, sin limitación de

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración, que suele ser indefinida por prórroga expresa (1). Aunque el Fuero, como indicábamos antes, señala al comisario cierto plazo para hacer la elección de heredero, en la práctica no se respeta el plazo legal, porque la costumbre es muy otra (2), y una interpretación finalista de la Ley 3.^a conduce al resultado de favorecer esta corriente consuetudinaria; porque, como dicen Jado, Belparda y otros autores, lo que se persigue con el nombramiento de comisario es que la elección de heredero sea hecha con acierto y conocimiento de causa, importando poco que se haga dentro o fuera del plazo. El Fuero concede al viudo un usu-

(1) Vicario y Jado, en sus respectivas obras sobre Derecho privado vizcaíno, señalan como usual y corriente en los contratos de capitulaciones que se celebran en esta provincia la siguiente cláusula de autorización recíproca: «... para que el viudo comisario, mientras no disponga de los bienes, los *administre y usufructúe*, reclame y perciba créditos y formalice las escrituras, documentos, cartas de pago y resguardos conducentes; pues para todo lo expresado con lo incidente, dependiente y accesorio se autorizan (los futuros contrayentes) del modo más amplio y eficaz en fuero y derecho, con prorrogación del término foral a voluntad del supérstite, aprobando y ratificando desde luego cuanto a su virtud determinase el comisario o comisaria, cual si por ambos fuese ejecutado de consumo.»

(2) La costumbre, dentro de Vizcaya, tiene una fuerza superior a la ley escrita, a la que se antepone. Como dice Vicario, el Código civil no reconoce la costumbre contra ley (a diferencia de las Partidas, que la reconocían en su Libro VI, tit. II, Partidas 1.^a y 2.^a). Ahora bien; la doctrina legal precedente, ¿es completamente aplicable a Vizcaya? A primera vista —afirma el tratadista citado— impóñese la contestación afirmativa, teniendo en cuenta que el título preliminar del Código civil declara que sus disposiciones (entre las que se encuentra la del art. 5.^a) «son obligatorias en todas las provincias del Reino». Pero si se repara, no es así; únicamente son obligatorias, según dicho artículo, las disposiciones del título preliminar en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y de las reglas generales para su aplicación. Por consiguiente, el precepto del artículo 5.^a del Código civil, en cuanto prohíbe la costumbre *contra ley, no es aplicable a Vizcaya*, ya que, según el párrafo 2.^a del artículo 12, los territorios forales conservarán por ahora en toda su integridad su actual régimen jurídico «escrito o consuetudinario».

Ni que decir tiene que suscribimos enteramente la autorizada opinión del Sr. Vicario, conocedor de la vida jurídica de esta provincia, y de aquí que concedamos extraordinaria importancia a la realidad jurídica de este territorio, a su derecho vivo, aun cuando sea contrario al frío precepto legal.

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

fructo temporal y limitadísimo, y cuando se le nombra comisario le señala un plazo para hacer la elección de heredero ; pero, como acabamos de exponer, la realidad, avalada por una costumbre constante y uniforme, hace del viudo comisario un usufructuario universal y vitalicio, amén de un titular de disposición solamente condicionada o límitada ésta por la indisponibilidad a favor de extraños y la obligación de disponer de los bienes entre el grupo legítimo, si bien dentro de este grupo goce el comisario de la más amplia libertad de distribución. Técnicamente, por lo tanto, hay que ver en esta institución dos aspectos : en el aspecto interno, una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario ; en el aspecto externo, una situación jurídica de titularidad de disposición condicionada, unida a un usufructo universal e ilimitado (1).

Otra cuestión que merece ser tratada es la relativa a la irrevocabilidad del poder testatorio. No se trata aquí de discutir si el poderdante puede o no revocar el poder para testar en su nombre, porque es perfectamente claro que el poderdante puede revocar el poder por él otorgado, y que dicha revocación puede ser expresa o tácita. En cambio, no resulta tan claro si el fiduciario, una vez que haya hecho uso del poder a su favor conferido, puede revocar o no su declaración de voluntad. Veamos, pues, esta cuestión. El fiduciario puede hacer uso de sus facultades de designar heredero y distribuir los bienes relictos del poderdante, total o parcialmente, por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Lo más frecuente es que el fiduciario haga la distribución de los bienes y elija heredero en el contrato de capitulaciones matrimoniales del descendiente tronquero. En cambio, rara vez hace uso el comisario de sus facultades en testamento, como no sea en el caso de grave enfermedad. Pues bien ; cuando el comisario hace dicha elección y distribución en contrato de capitulaciones, o bien por donación *inter vivos*, no

(1) Véase la interesantísima Sentencia de 30 de octubre de 1944, en la que se traza un completo cuadro de las variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria en las regiones de legislación no codificada y se califica de difícil y delicado el problema de su delimitación y el de la determinación y efectos de cada una de ellas. Con respecto a la herencia de confianza, de cuya naturaleza, en cierto aspecto, participa el testamento por comisario (salvo en la inexistencia de instrucciones reservadas), esta Sentencia distingue, después de reconocer lo impreciso de esta dogmática, los dos aspectos a que nos referimos.

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

puede revocar su declaración de voluntad, porque no se trata aquí de un otorgamiento unilateral. Ahora bien, cuando el comisario testa o dona *mortis causa* en nombre del poderdante, ¿puede revocar dicho testamento o donación? Nada dice el Fuero respecto a este particular, y por ello es preciso acudir a la costumbre y demás fuentes supletorias. Desde luego, no conocemos la existencia de costumbre en este país que favorezca la tesis de la revocabilidad, y si por costumbre hemos de tomar las Leyes de Toro (Jado), nos encontramos con que su Ley 35 expresamente prohíbe la revocación del testamento otorgado por el comisario al decir «que el comisario no podrá revocar ni variar en nada el testamento que hubiere hecho en virtud del poder testatorio». En este mismo sentido se pronuncia el proyecto de Apéndice para Vizcaya, en cuyo artículo 34 se establece que «es condición precisa para el uso del poder testatorio la de que lo adjudicado una vez no se puede revocar». La jurisprudencia, por su parte, es contraria también a la revocabilidad de la declaración de la manifestación de voluntad hecha por el comisario, y así la Sentencia de 22 de octubre de 1864 estableció que, hecha la declaración de heredero en documento público, surte sus efectos y no puede ser revocada por otra posterior; que el principio de derecho de que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte en las últimas voluntades se entiende del que dispone como dueño de sus bienes propios, y no es aplicable, por no ser igual la condición jurídica de ambos, al que testa en virtud de facultades que otro le otorga y limita, a no ser que conste que se han concedido expresamente para usar de ellas una y otra vez. La Sentencia de 31 de marzo de 1876, dictada en un caso de heredero distributario mallorquín, sienta la misma doctrina.

En vista de lo expuesto, parece lo más probable que a falta de autorización expresa del poderdante, el fiduciario no puede revocar su testamento en ningún caso. Así resulta no sólo de la jurisprudencia reseñada y de la Ley 35 de Toro, sino también del artículo 34 del proyecto de Apéndice para Vizcaya.

Sin embargo, los tratadistas catalanes y mallorquines, al estudiar las dos instituciones afines con la vizcaína, distinguen según se haya hecho uso de la delegación para testar en testamento o por acto *inter vivos*, considerando que cuando se hace uso de dicha delegación en acto *inter vivos* la declaración de voluntad es irrevo-

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

cable, mientras que cuando se exterioriza la voluntad en testamento puede ser éste revocado. En este sentido se halla redactado el artículo 19 del proyecto de Apéndice para Mallorca de 1921, y el mismo espíritu que forzaba a la revocabilidad — dice Pascual y Ruiz—del acto de última voluntad en que se consigna la elección inspiró a la comisión especial que formuló el primer proyecto de Apéndice para dicha región. Por último, los autores y jurisconsultos de Cataluña, como Coll y Rodés, Durán y Bas y otros, sustentan el mismo criterio.

Examinaremos ahora esta otra cuestión: ¿cuándo se extingue el poder testatorio? El poder testatorio se extingue, caduca o queda sin efecto en los siguientes casos: 1.º, cuando el poderdante dispone de todos sus bienes *inter vivos* o *mortis causa*; 2.º, cuando expresamente revoca el poder, aun cuando sea dudoso que pueda revocarlo cuando se otorga recíprocamente; 3.º, cuando el matrimonio se disuelve sin descendencia; 4.º, cuando el comisario viudo contrae segundas nupcias; 5.º, cuando el comisario fallece sin haber hecho uso de sus facultades de elección de heredero o distribución de los bienes del premuerto, y 6.º, cuando transcurran los plazo señalados por el Fuero sin hacer uso del poder, salvo autorización expresa de prórroga indefinida.

De todos estos casos merecen consideración especial los señalados con los números 4.º y 6.º.

Respecto al caso de segundas nupcias del comisario viudo, nada dice el Fuero de Vizcaya. Nosotros entendemos que en tal supuesto debe quedar sin efecto el poder testatorio. El Fuero, parco en la regulación de esta institución, no prevé esta contingencia, y la jurisprudencia guarda silencio sobre el particular. Sin embargo, por la analogía que hemos visto existe entre el testamento por comisario y las otras manifestaciones consuetudinarias de la fiducia testamentaria, opinamos que están en lo cierto los que creen, como Pascual y Ruiz y Coll y Rodés, que en el caso de segundas nupcias del cónyuge fiduciario debe perder éste sus omnímodas facultades. «La madre viuda—dice el segundo de los tratadistas citados—encargada de la elección que se vuelve a casar debe perder las atribuciones que se le han conferido, por demostrar con su segundo matrimonio su dejación o apartamiento de la familia del

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

primer matrimonio y cierta indiferencia hacia ella, incompatible con el interés que debe presidir la elección. Creemos que en materia tan delicada como es ésta, de carácter sucesorio-familiar, puesto que la ley nada dice y no conocemos la existencia de costumbre supletoria, habrá que tener en cuenta la naturaleza del cargo de comisario, que por ser un cargo de confianza, que exige la más absoluta imparcialidad en quien lo ejerce, debe de quedar sin efecto en el momento en que dicha imparcialidad pueda ser puesta en tela de juicio, o, mejor dicho, cuando exista un temor racional y fundado de parcialidad por la mutación de afectos que las segundas nupcias hacen presumible. Sin embargo, Borrel y Soler, Durán y Bas y otros tratadistas opinan que el viudo no pierde la facultad de elección por el hecho de contraer segundo matrimonio, salvo limitación expresa del poderdante.

Por lo que se refiere a la causa de extinción del poder testatorio señalado con el número 6.^º, o sea, al transcurso de los plazos señalados en el Fuero sin que se haga uso del mismo, entendemos que carece de trascendencia la discusión de los fueristas sobre el cómputo de los momentos iniciales y finales de los mismos, por la sencilla razón de que tiende a convertirse en una cláusula de estilo la de la prórroga indefinida de dichos plazos, dejando al arbitrio del comisario la elección del momento oportuno para hacer la elección de tronquero y la distribución de los bienes relictos. Ya hemos dicho antes que la finalidad del Fuero, y más todavía la de la costumbre, es la de dotar al cónyuge nombrado comisario de las más amplias facultades. Lo que se persigue es que el patrimonio familiar vaya a parar a buenas manos en forma indivisa, importando poco el momento en que dicha atribución patrimonial se haga. De aquí que el Fuero no prohíba que dichos plazos sean traspasados, aunque para evitar dudas se prorroguen de una manera expresa y por tiempo indefinido. Este pacto aparece formulado en todos los contratos de capitulaciones, y así es frecuentísimo en la práctica que no se observen las limitaciones temporales del Fuero. Por lo tanto, podemos concluir afirmando que, aun en el caso de no hacerse uso del poder testatorio dentro de los términos señalados por la ley escrita foral, el poder subsiste, máxime cuando expresamente se prorroga indefinidamente por el poderdante; prórroga cuya va-

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

lidad se halla avalada y confirmada por una costumbre cada vez más vigorosa (1).

No queremos terminar este trabajo sin tocar todas las cuestiones que el poder testatorio plantea en la práctica, siquiera las dos últimas que vamos a examinar hayan de ser tratadas con la misma brevedad y ausencia de pretensiones dogmatizadoras que las anteriores. Pero es necesario que se adopten criterios definitivos, y esta necesidad nos impulsa a buscar una solución fija para los problemas que el poder testatorio plantea en los órdenes registral y fiscal.

Según la Ley 1.^a, título XX, del Fuero de Vizcaya, cuando el matrimonio se disuelve con hijos, una mitad indivisa de todos los bienes relictos corresponde al viudo, y la otra mitad indivisa, al grupo legitimario. Sin embargo, si bien esto es verdad en la sucesión intestada, o bien en el caso de que el comisario viudo no haga uso de la facultad de designación de heredero o herederos, no es exacto en el caso de existencia de poder testatorio válido y vigente, porque, mientras el comisario no haga uso del poder, su situación respecto a dicha mitad indivisa es la de un verdadero titular fiduciario de disposición, y la situación de los legitimarios que integran el grupo la de titulares de una simple esperanza de heredar, ya que si potencialmente todos pueden recibir el total o parte del as hereditario, esto no ocurrirá hasta el instante en que el fiduciario se decida a hacer uso del poder, en cuyo momento bien puede suceder—y en la práctica sucede—que de los legitimarios integrantes del grupo sólo uno, el más apto, a juicio del fiduciario, será el heredero, quedando los otros virtualmente desheredados o apartados con la legítima «ficta».

Por lo tanto, fallecido el cónyuge poderdante, ¿a nombre de quién o de quiénes han de ser inscritos los bienes relictos? La duda surge en cuanto a la mitad indivisa de todos los integrantes de la comunidad universal en disolución y que constituye la herencia del poderdante, ya que la otra mitad corresponde en pleno dominio automáticamente al viudo, pudiendo inscribirse a su favor en virtud de una simple solicitud, según práctica reconocida por la Reso-

(1) «La Ley—dice Jado—no lo prohíbe, y los tratadistas de las Leyes de Toro, casi todos, opinan que el poderdante puede prorrogar al comisario el plazo que a éste fija la Ley 33. Así se declaró en Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1863.»

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

lución de 28 de abril de 1890. Ahora bien; este criterio no se puede aceptar para la inscripción de la otra mitad indivisa a nombre de los hijos, por las razones que dejamos expuestas. La titularidad de estos bienes, mientras no se haga uso del poder testatorio, recae en el viudo fiduciario, que en su aspecto externo es algo más que un simple apoderado del fiduciante. Si el Registro ha de guardar perfecta armonía con la realidad, ésta nos enseña que los elementos integrantes del grupo legitimario vizcaíno, mientras el fiduciario no destaca de entre éstos al que ha de ser dueño de los bienes por título de herencia, no tienen más que una simple esperanza de heredar y acciones impugnadoras de las posibles enajenaciones que de los bienes hereditarios pueda realizar el viudo a favor de extraños. En consecuencia, inscribir estos bienes a nombre de sus hijos sería faltar a la realidad jurídica, y de aquí que dicha inscripción no se suela solicitar hasta que se concreta la persona del tronquero. En tanto, dichos bienes siguen inscritos a nombre del poderdante fallecido, y como esta situación también se halla en discordancia con la realidad, no vemos inconveniente alguno en que se aplique al caso el artículo 72 del Reglamento Hipotecario, inscribiendo dichos bienes a nombre del cónyuge fiduciario, a la par que los derechos futuros y las acciones de impugnación de los legitimarios puedan ser salvaguardados por medio de una reserva autenticada, una mención legitimaria u otra fórmula parecida de publicidad registral.

Una vez que el fiduciario haga uso del poder, se extinguirán todas sus facultades, y el pleno dominio de los bienes hereditarios irá a parar al heredero o herederos designados por aquél, en cuyo caso, a semejanza de lo que ocurre en el heredamiento fiduciario catalán, se inscribirán los bienes a nombre del designado o de los designados, presentando en el Registro la escritura de capitulaciones matrimoniales en que conste la cláusula del poder testitorio, la certificación de defunción del poderdante o fiduciante, la del Registro de Actos de Ultima Voluntad y el documento en que se haya hecho la designación de heredero o herederos, que puede consistir en una escritura simple de designación de heredero, unilateralmente otorgada por el fiduciario, o bien en un testamento en que se haga esta designación.

El poder testitorio no solamente provoca, como acabamos de

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

ver, interesantes cuestiones en los órdenes civil e hipotecario, sino también en el campo sometido a la acción del impuesto de Derechos Reales.

Dos criterios se vienen sosteniendo para la liquidación del impuesto de Derechos Reales en las herencias causadas bajo poder testatorio: 1.º, considerar que la transmisión de la mitad indivisa de los bienes relictos (herencia del cónyuge fiduciante) se entiende realizada desde la fecha del fallecimiento del causante, según el artículo 52 del Reglamento del impuesto, en concordancia con el 657 del Código civil; 2.º, considerar que dicha transmisión, en caso de existir comisario viudo, no se opera hasta que dicho comisario hace uso del poder testitorio y verifica la elección de heredero o herederos y distribuye el caudal relicto.

El primer criterio, a pesar de ser el que se viene siguiendo en la práctica, carece de fundamento por descansar en un error, cual es el de suponer aplicable al caso de que se trata un precepto del Derecho civil común, cual es el contenido en el artículo 657 del Código civil. En estos casos, como hemos visto, mientras el comisario o fiduciario no hace uso del poder, los legitimarios que integran el grupo solamente adquieren desde la muerte del fiduciante la simple esperanza de ser elegidos herederos y la acción para impugnar las posibles extralimitaciones del comisario. Al morir el fiduciante, surge a favor del cónyuge fiduciario un derecho amplísimo de usufructo y una titularidad de disposición de características poco definidas, siendo desconocido el heredero propietario, cuyo nombramiento queda enteramente al arbitrio del comisario, y hasta que éste haga uso del poder o facultad de elección entendemos, por analogía con lo que Martín Retortillo opina acerca del testamento por fiduciario en Aragón, no nace para el nombrado la obligación de presentar la herencia a liquidación. Por lo tanto—como dice este ilustre escritor—, sólo desde esa fecha deben computarse los plazos, tanto para determinar la prescripción como la imposición de multa, ya que la transmisión económicojurídica del patrimonio del causante, cuando el nombramiento de heredero está encomendado a comisarios, sin fijación de plazo para hacerlo, no se produce por el mero fallecimiento, sino que es preciso que los comisarios cumplan su encargo. Desde el fallecimiento del fiduciante hay, sí, una transmisión de usufructo, y en cuanto a ésta debe aplicarse

CUESTIONES QUE PLANTEA EL TESTAMENTO, ETC.

el precepto general; pero la nuda propiedad no tiene asignado titular (al menos, decimos nosotros, de una manera plena y perfecta), y como el heredero es desconocido, debe aplicarse el artículo 57, en su número quinto, y, en consecuencia, aplazarse la liquidación hasta que éste sea conocido, contando desde esta fecha el plazo para solicitarla (1).

MANUEL R. LEZÓN.
Registrador de la Propiedad.

(1) Véase la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de abril de 1926 y el artículo publicado por el Sr. Martín Retortillo en *Revista de Derecho Privado*, tomo XV, páginas 49 y siguientes.

[2]

«Los llamamientos forales vizcaínos
en los casos de venta de bienes
raíces a parientes del vendedor
(anterior a la Compilación vizcaína)»

LEZÓN NOVOA, M. R.:

En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1951,
núm. 283, págs. 932-937

Los llamamientos forales vizcaínos en los casos de venta de bienes raíces a parientes del vendedor

Toda venta de bienes raíces sitos en la tierra llana de Vizcaya puede ser previamente anunciada, durante tres domingos consecutivos, para que llegue a conocimiento de los parientes tronqueros del vendedor, por si éstos quieren ejercitar su preferente derecho de compra. Si nadie acude a los anuncios, avisos o llamamientos, la venta surte sus plenos efectos. Pero si el vendedor no llena dicha formalidad, los parientes tronqueros podrán atacar la venta dentro de los plazos que señala el Fuero. Así lo disponen, en síntesis, las leyes primera y cuarta del Título XVII del Fuero de Vizcaya, concordantes, salvo algunas variaciones de detalle, con los artículos 103 y 110 del Proyecto de Apéndice al Código civil.

De estas disposiciones se desprende que los llamamientos no son necesarios más que para evitar las desastrosas consecuencias del retracto. Su verdadero alcance, a semejanza con lo que concurre en la mayoría de los demás casos de retracto legal, regulados por el Código civil, legislaciones forales y leyes especiales, no es otro que el de facilitar a los que tienen un derecho de compra preferente sobre determinados bienes el ejercicio de tal derecho antes de que la venta se lleve a efecto. Por eso, si la venta no ha ido precedida de esa medida preventiva, se rescinde, se resuelve o se anula, según los casos, y siempre, por uno u otro procedimiento, el no avisado o notificado puede ejercitar su derecho de compra preferente dentro de un determinado plazo, subrogándose en el lugar del comprador. El Fuero de Vizcaya, por lo tanto, no estatuye nada nuevo. Otorga a los parientes tronqueros del vendedor, previamente llamados, un

LOS LLAMAMIENTOS FORALES VIZCAINOS

derecho de tanteo, ejercitable *antes* de la venta, y si no ha existido el llamamiento previo, un derecho de retracto, ejercitable *después* de realizada la venta, dentro de un plazo de año y día o de tres años, según los casos. Y aunque se discute si esta segunda fase de actuación del derecho de compra preferente supone o no un verdadero y propio derecho de retracto, es lo cierto que sus consecuencias prácticas son las de que el comprador desaparece y deja su puesto al pariente reclamante. Se produce, por lo tanto, un efecto subrogatorio.

Explicados así la mecánica y efectos del tanteo y retracto forales de esta provincia, vamos ahora a penetrar en el estudio del caso concreto que motiva estas líneas. Se trata de lo siguiente: de si es necesario dar los llamamientos cuando la venta de un bien raíz se va a hacer a un pariente tronquero, siempre que éste pertenezca al grupo de parientes que debiera heredar la finca en el caso de fallecimiento del vendedor.

Esta es la cuestión que se plantean algunos foralistas, como Jado, Solano y el P. Chalbaud, resolviéndola en sentido negativo. «Si la venta se hiciere a un pariente tronquero (dice Jado, página 575 de su obra *Derecho civil de Vizcaya*) no habrá necesidad de darse los llamamientos ni podrá anularse por esa falta, siempre que ese tronquero estuviese comprendido dentro de los que como tales parientes tronqueros debiesen heredar al vendedor y éste respetase el orden de preferencia de esos grupos, descendientes, ascendientes tronqueros y colaterales tronqueros, puesto que, respetando el orden de grupos, no hay perjuicio de tronqueros, ya que no se quebranta el orden de la sucesión troncal.» El P. Chalbaud v Solano discurren de manera parecida, agregando este último tratadista que si el vendedor puede donar a un colateral tronquero la finca de abolengo, excluyendo a los demás parientes del grupo con el mínimo prescrito por el Fuero de Vizcaya, también puede venderse libremente, puesto que, según el Digesto, «el que puede donar puede vender».

Esta tesis se halla expuesta a graves objeciones. La primera es la de que está mal planteado el problema, toda vez que, según hemos visto, los llamamientos o avisos no son necesarios en ningún caso, ni cuando se va a vender la finca a extraños ni cuando se va a vender a presuntos herederos forzosos. Por eso el Apéndice, en

LOS LLAMAMIENTOS FORALES VIZCAINOS

en artículo 110, preceptúa acertadamente que «el vendedor no tendrá obligación de dar los llamamientos, pero en este caso los parientes tronqueros podrán pedir la nulidad de la venta». Los llamamientos no son, pues, necesarios; son sólo convenientes, a modo de una medida preventiva contra las ulteriores consecuencias rescisorias del retracto.

Si los tratadistas citados hubiesen procedido con lógica, la cuestión de que se trata debiera haber sido planteada en los siguientes términos: si el vendedor no ha dado los llamamientos, y la finca es comparada por un presunto heredero suyo, ¿pueden los parientes de grado más próximo al vendedor ejercitar el retracto?

A nuestro juicio, sí, por las razones siguientes. La principal es la de que no existe en ninguna de las disposiciones del Título XVII del Fuero, que trata de la materia, ni en el Título XII del Apéndice, que trata de lo mismo, precepto ninguno que exceptúe del retracto el caso enunciado. Al decir del P. Chalbaud que «si en las donaciones y sucesiones tiene el dueño de un raíz el derecho de elegir entre los parientes del mismo grupo, no podría negársele en las ventas este derecho sin una disposición clara y terminante», no hace más que invitar a que se le replique con la misma razón, o mejor, dicho con más razón, que no se puede privar del derecho de retracto al pariente más próximo sobre el más remoto sin otra disposición clara y terminante que lo ordene.

La Ley nada dice, nada excluye; pero, ¿cómo debe ser interpretado su silencio? Ya hemos anticipado nuestra opinión: para nosotros, aparte de la ausencia de excepciones legales, es evidente que el Fuero de Vizcaya no ha querido excluir de la facultad de detraer una finca troncal a los familiares más próximos del vendedor, postergándolos al comprador en grado más remoto.

Existe otra razón convincente, y ésta es la de que el Fuero, en la ley segunda de su Título XVII, otorga a los parientes del vendedor la facultad de ejercitar el derecho de *tanteo* con arreglo a determinado orden de preferencia, disponiendo que, cuando muchos parientes concurren a los llamamientos de venta de bienes raíces, se han de preferir los primos o parientes de la línea paterna del vendedor por su *orden y grado*; es decir, los de grado más próximo; y si se presentaren varios parientes de igual grado, se quedarán con los bienes por *partes iguales*:

LOS LLAMAMIENTOS FORALES VIZCAINOS

Esta ley constituye una excepción al principio general de que «el que puede donar puede vender», equivalente a que el que puede lo más puede lo menos; y constituye una excepción, porque si la venta de bienes raíces situados en la tierra llana de Vizcaya otorga a los parientes del vendedor, por su *orden y grado*, no por *grupos*, el derecho a *tantear*, con la misma razón habrá que admitir que les concede, por el mismo orden personal, el derecho a *retraer*, toda vez que, como dice la conocida Sentencia de 22 de noviembre de 1901, «se halla fuera de duda que el tanteo, cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente *ambos derechos* (el de tantear y el de retraer), por tender a igual finalidad, o sea, a la preferencia que aquéllas conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que, a quien tiene el derecho de tantear, asiste también el de retraer, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, podría fácilmente cludirse por el obligado al aviso y quedar sin efecto la preferencia, para conseguir lo cual puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanteo antes de la consumación de la venta que intentando el retracto de la finca ya vendida». Coincide esta Sentencia con la de 19 de noviembre de 1931.

La consecuencia que se deduce de estos fallos, aplicada al caso objeto de este artículo, no es otra que la de si el Fuero de Vizcaya otorga, en su ley segunda del Título XVII, el derecho de tanteo a los parientes del vendedor, por su *orden y grado*, sin distinguir entre *grupos parentales*, es natural admitir que la tal preferencia deberá respetarse igualmente cuando, por haber eludido el vendedor el ejercicio del derecho de tanteo, se ejercite por aquéllos el derecho de retracto.

De rechazarse esta razonable solución, se llegaría al absurdo de hacer de peor condición al vendedor escrupuloso, diligente y preavido, que se preocupa de llamar o avisar a sus próximos parientes para que, si quieren, ejerciten el derecho de tanteo por su *orden y grado*, que al vendedor descuidado o de mala fe, que oculta la venta con objeto de impedir o dificultar el ejercicio de aquel derecho de preferencia.

Nuestro punto de vista se encuentra asimismo apoyado por el derecho foral de otras regiones, tales como Navarra, Valle de Arán y Aragón. El Apéndice foral de esta última región dispone, en su

LOS LLAMAMIENTOS FORALES VIZCAINOS

artículo 76, «que si concurren a retraer dos o más personas, el mejor grado atribuirá preferencia».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil sustenta el mismo criterio, y así, en un caso de venta de varias fincas de abolengo a un hermano de la vendedora, cuya venta quedó sin efecto a virtud del retracto gentilicio ejercitado por un nieto de aquélla, en Sentencia de 20 de octubre de 1880, recongiendo los argumentos aducidos por el retrayente, el cual opinaba que era incontrovertible la procedencia del retracto, con arreglo a la ley recopilada y a las Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se prescribía que la proximidad del parentesco para retraer debía considerarse *con relación al vendedor*, declaró «que las leyes primera y segunda del Título XIII, libro X de la Novísima Recopilación, conceden siempre el derecho de retracto gentilicio a los parientes más próximos del vendedor de la finca patrimonial o de abolengo, con preferencia a los más remotos; y por ello debe estimarse la demanda de retracto si siendo el comprador pariente del vendedor es más próximo el parentesco de éste con el retrayente». Esta Sentencia es terminante, y concuerda con las pronunciadas por el mismo Tribunal en 5 de enero de 1874 y 17 de junio de 1887, coincidentes con el citado artículo 76 del Apéndice aragonés, el cual permite el ejercicio de la acción de retracto gentilicio aun en el supuesto de que el comprador o adjudicatario de finca de abolengo sea «pariente de ulterior grado»; es decir, de grado más distante que el retrayente.

Como último argumento en favor de nuestro criterio, debemos advertir que la regla del Digesto, según la cual «el que puede donar puede vender», no solamente adolece del defecto inherente a toda aseveración excesivamente generalizadora, sino que, si se la esgrime como una objeción contra la posibilidad del retracto que examinamos, se expone a la réplica de que el sistema jurídico romano, en que fué formulada, se basaba en el principio de la libertad en las transmisiones y desconocía los retractos familiares, nacidos al calor de las instituciones municipales y feudales y en medio de una época en la cual, por influencias del cristianismo y del derecho germánico, la libertad de vender quedó fuertemente condicionada por necesidades de cohesión, solidaridad y estabilidad familiares. El derecho romano era un derecho individualista, y por eso, en ciertas regio-

LOS LLAMAMIENTOS FORALES VIZCAINOS

nes españolas, como Cataluña y Mallorca, en las que tuvo señalada preponderancia, no adquirieron carta de naturaleza los retractos gentilicios. En cambio, en todas aquellas otras regiones en las que el individualismo romano no llegó a cristalizar, como Aragón, Navarra y Vizcaya, los retractos gentilicios continúan en pleno vigor y responden a un estado de conciencia colectiva profundamente arraigado en el seno de las familias campesinas. De aquí que el tan repetido aforismo romano fuese cierto dentro del ordenamiento jurídico para el que fué dictado, e incluso podríamos admitir su actual aplicación, con ciertas restricciones, dentro de los países regidos por Códigos liberales e individualistas (Francia, España, etc., etc.); mas nos parece un contrasentido que se invoque por jurisconsultos especializados en derecho foral vizcaíno, de corte completamente germánico, familiar y vinculador, en el que ni tan siquiera existe la tan cacareada libertad de testar, sino una simple libertad de distribución, por donación o herencia, dentro de determinado grupo de parientes. Además, no se debe perder de vista que los retractos legales significan siempre una excepción a la regla de que se trata, a manera de trabas, condicionamientos o cortapisas, no a la facultad de donar o testar, sino a la facultad de vender o dar en pago determinada cosa. Luego es forzoso concluir que la regla «el que puede donar puede vender» podrá, quizás, tener cierta virtualidad actual si se la considera en términos generales; pero no cuando se la pone en contacto o relación con los retractos legales, en los que encuentra precisamente su más adecuada y propia excepción. Invocarla, por consiguiente, supone una verdadera petición de principio. Se podrá sostener que el que puede donar puede vender, pero será preciso reconocer que esto no sucederá cuando de los retractos legales se trate, y menos todavía cuando se trate del retracto foral vizcaíno.

MANUEL R. LEZÓN
Registrador de la Propiedad

[3]

«Las dos legislaciones civiles vigentes en Vizcaya»

LEZÓN NOVOA, M. R.:

En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1963,
núm. 426-427, págs. 796-810

Las dos legislaciones civiles vigentes en Vizcaya

Harto es sabido que en Vizcaya rigen dos legislaciones civiles distintas; la foral, contenida en la Compilación de 30 de julio de 1959, y la común, representada por el Código civil de 1889.

Es impropio afirmar que estos dos cuerpos de leyes coexistan dentro de un mismo territorio, pues, a estos efectos, el área superficial de Vizcaya se encuentra, desde hace siglos, dividida en dos zonas, perfectamente delimitadas al principio, borrosas e imprecisas más tarde, y vueltas a deslindar ahora por la Compilación de 1959.

Para comprender mejor esta situación de dualidad legislativa, conviene dar un vistazo a sus antecedentes históricos, a cuyo fin debemos comenzar por advertir que la provincia de Vizcaya, tal y como hoy la conocemos, tenía en tiempos remotos un área superficial mucho más reducida. Según romanos y godos, Vasconia o Basconia, se hallaba constituida por el territorio comprendido entre el río Deva y las montañas de Huesca, teniendo por centro a Pamplona, mientras que Vizcaya o Biskai, aunque lingüísticamente vasca, etnográficamente era país distinto y se hallaba comprendido entre los ríos Deva y Nervión, con exclusión de las Encartaciones y el Duranguesado.

Vizcaya, entonces Bardulia o Vardulia, era, por tanto, un país minúsculo, sensiblemente parecido a lo que actualmente sería si

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

se le redujera a los partidos judiciales de Guernica, Marquina y Bilbao.

Constreñida esa pequeña y montuosa comarca a los estrechos límites citados, es más que probable, según numerosas opiniones, que sus habitantes no hubieran padecido la invasión estable de romanos, bárbaros ni bereberes, y que debido a ello hubieran vivido dentro de un régimen tribal y patriarcal, regidos por costumbres completamente autóctonas.

Poco o nada se sabe de la Vizcaya anterior al inicio de la Reconquista. El que quede algún vestigio de la época romana no significa que los latinos hubieran dominado este territorio, siendo algunos los que creen que ello fue debido a que los naturales del país se aliaron con el Imperio Romano de Oriente para luchar contra el de Occidente. Y aunque de los visigodos se sospeche que llegaron a Pamplona, tampoco hay base para poder afirmar que sometieran a Vizcaya, pudiendo decirse lo mismo de árabes y bereberes, de cuya conquista quedó al margen toda la cornisa cantábrica, puesto que a mediados del siglo VIII ya había Alfonso I descendido de las montañas, convirtiendo en tierra quemada o tierra de nadie el territorio foramontano, previamente evacuado por árabes y bereberes a causa de las luchas entabladas entre estos dos pueblos conquistadores, de características tan distintas.

Y puesto que Vizcaya, entendiendo por tal su primitiva circunscripción, no había sido romanizada, germanizada ni arabizada, ha de suponerse que, al tiempo de comenzar la Reconquista, la encontraran los monarcas astur-leoneses en una situación política y social poco propicia a la jerarquización y al enfeudamiento; situación que viene a confirmar la Crónica de Alfonso III, cuando afirma en ella: «En cuanto a Alava, Vizcaya, Alaón y Orduña, se hallan haber sido siempre poseídas por sus habitantes.» Por eso, advierte PÉREZ DE URBEL que en Vizcaya no había habido ni el reparto de tierras que hicieron los godos ni el que luego hicieron los musulmanes en regiones que no ocuparon por capitulación, ni la nueva distribución que realizó Alfonso I en la zona montañosa de Cantabria y Asturias para asentar a los hombres de la meseta castellana, que había rescatado en sus correrías por los páramos foramontanos.

Cuándo y cómo esta tierra vizcaina fue señorreada, y por quién,

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGÉNTES EN VIZCAYA

es un misterio todavía no desvelado. Según BALPARD, el primer señor de Vizcaya históricamente comprobado fue don Iñigo López, en el año 1020. Pero ello no quiere decir que durante todo el dilatado periodo de los doscientos cincuenta y tantos años largos precedentes hubiera permanecido acéfala esta comarca. Sabiéndose, como se sabe, que los vascos colaboraron con los monarcas astur-leoneses en la repoblación de la parte oriental de Castilla, llegando hasta las mismas puertas de Burgos, es de suponer que sus primeros caudillos o señores ya lo hubieran sido los fabulosos Jaun Zuria, Don From o el conde Monio, se hallaran sometidos a la obediencia de aquellos reyes primero y a los condes de Castilla después.

Pero como, por otra parte, Vizcaya había sido siempre poseída por sus naturales, la jurisdicción de aquellos caudillos o señores sobre los vizcainos únicamente puede concebirse a base de la existencia de un pacto o concierto, consistente en la cesión por parte de éstos a favor de aquéllos de ciertas y determinadas tierras, ya que en aquellos remotos tiempos la soberanía iba unida al dominio territorial.

De la existencia de aquel pacto tenemos noticias fidedignas. Y así, DON LOPE GARCÍA DE SALAZAR, en el título primero del libro XX de «Las Bienandanzas e Fortunas», año 1474, lo describe de la siguiente manera: «E tomáronlo por señor y partieron con él los montes y las selas e diéronle todo lo secaino de que no es de fruto llevar para las ferrerías y ciertos derechos en las venas que sacasen e dejaron para si los robres e ayas y ensinas para mantenimiento de sus puercos, e las aseves para mantenimiento de sus bestias, e los fresnos para faser astas de armas, cellos cubas y los falses para cerradura de setos. E diéronle heredades de las mejores en todas las comarcas a donde poblase sus labradores, porque se fiase de ellos y no enojase a los fijosdalgo, en las cuales fueron poblados y aforados como lo agora en sus pedidos y derechos, y que no se mezclaran en el fecho dé las armas ni en los suyos ni en las colonias en igual derecho con los fijosdalgo, y diéronle la justicia civil e criminal para quel posiese alcaldes y prestameros e merinos e prebostes que juzgasen e esecutasen e recabdasen sus derechos a costa suya del. Jurándoles en Santa María la Antigua de Guernica de les guardar franquesas y liver-

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

tades, usos e costumbres segund ellos ouieron en sus tiempos pasados e consentidos por los reyes de León cuando eran de su obediencia, e después de los condes de Castilla, que agora eran sus señores, las cuales, entre otras muchas, eran estas principales.»

La precedente versión se encuentra confirmada por el Doctór don Juan Miranda y Oquendo, del Consejo Real de Cámaras de Castilla, citado por ITURRIZA, en un informe emitido el año 1774. Según Oquendo, entre las condiciones del pacto celebrado por los vizcainos con su caudillo y señor figuraba el siguiente: «El señor tendrá ciertas y determinadas tierras y heredades, que podrá poblar y labrar, trayendo labradores de fuera, los cuales no han de poder ser iguales con los naturales hijosdalgo, ni mezclarse con ellos en hechos de armas, ni en ninguna otra cosa del honor.»

TRELLES, en su obra *Asturias Ilustrada*, monumental compendio de curiosidades genealógicas, alude también a la existencia de ese pacto, si bien omite sus detalles.

Como carecemos de la suficiente preparación histórica para poder rechazar las afirmaciones de los tres investigadores citados, hemos de darlas por válidas en tanto no se demuestre lo contrario, máxime si, por añadidura, las encontramos lógicas, porque no hallándose comprobado el hecho de que los señores de esta tierra, más o menos vinculados a León y Castilla, hubieran obtenido la jurisdicción sobre Vizcaya por derecho de conquista, concesión real, herencia o matrimonio, sino por libre elección de los vizcainos, cual asevera TRELLES, sólo así se explica que hubieran podido dar caserías a censo y fundar villas, sometiendo las unas y las otras a un régimen jurídico distinto del que imperaba en el resto de este país.

Usando de las atribuciones que les confería aquel pacto y basándose exclusivamente en él, los señores comenzaron por traer a Vizcaya labradores de fuera, a los que cedieron caserías a censo enfitéutico, sometiéndolas al Derecho castellano. Y buena prueba de ello la tenemos en que tales caserías, denominadas también «caserías del señor» o «labradoriegas», dieron lugar, durante siglos, a numerosos conflictos, tanto porque sus moradores no disfrutaban de la condición de hijosdalgo, reservada a los naturales

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

del país, como porque aquellos caseros advenedizos fueron poco a poco adoptando el Fuenro de Vizcaya en materia sucesoria, a fin de poder mantener integras sus fincas y transmitirlas a un heredero único.

En aquel pacto se encuentra también la causa o fundamento jurídico de que los señores pudieran, posteriormente, proceder a la fundación de las villas, de cuyo acaecimiento damos a continuación una sucinta referencia.

Siguiendo a MANRIQUE y MARICHALAR, y a don ANGEL ALLENDE SALAZAR, cuyos datos sobre la materia exhumara el que fue ilustre registrador de la Propiedad de Durango y abogado de su Juzgado don RAMÓN DE HORMAECHÉ (en su tan magnifica como injustamente olvidada obra sobre las «Leyes Civiles de Vizcaya», 1891), el antiguo señorío de Vizcaya se dividía en tres zonas: la del centro, que permaneció independiente en los primeros siglos de la Reconquista, celebrando sus Juntas Soberanas en Arechabalaga, primero, y más tarde en Guernica; la oriental, posiblemente unida algún tiempo al reino de Navarra, comprendiéndose en ella el Duranguesado, cuyas Juntas se celebraban en Guederiaga; y la occidental, actualmente conocida por las Encartaciones, la cual dependió probablemente en alguna ocasión de los monarcas castellanos, celebrando Juntas en Avellaneda.

Las necesidades de la defensa del territorio hicieron necesaria, en aquella época de continuas guerras, la fundación de villas, que reuniendo en su recinto numerosos moradores y defendidas por murallas más o menos resistentes, pudieran servir de baluarte para contener las invasiones del enemigo y de refugio para los habitantes de los contornos. Así, vemos que la primera villa que se estableció en la parte oriental de Vizcaya fue la de Durango (1150); más tarde (en 1199) se fundó la de Valmaseda, y posteriormente se repobló la ciudad de Ordizia (1229), quedando así guarneidas las fronteras por la parte oriental, por la occidental y por el mediodía. Posteriormente se fundaron las villas de Bermeo, Plencia, Bilbao, Portugalete, Lequeitio y Ondárroa, quedando de este modo defendida toda la costa.

Pero como la fundación de las villas no tenía sólo por objeto la defensa del Señorío contra las asechanzas del enemigo exterior, sino, también, según opinan varios historiadores, concentrar

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

mercados y prevenirse contra el bandolerismo, se trató también de establecerlas en el interior del Señorío, surgiendo así las de Villaro en 1338, Marquina en 1335, Elorrio en 1336, Guernica en 1375, Miravalles en 1376, y en el mismo año Rigoitia, Munguía y Larrabezúa.

A todas esas villas se les concedía el Fuero de Logroño, con arreglo al cual quedaban libres los vecinos a quienes se aplicaba de los malos fueros de batalla, sayonia, hierro y agua caliente y pesquisa, y de todo pecho, fonsadera y servidumbre, pero no de pagar una renta al señor, denominada «pedido», que juntamente con las pensiones o cánones procedentes de las «caserías censuarias», constituyan los únicos ingresos regulares del erario del señor, puesto que los naturales de la «tierra llana», por ser hijosdalgo, no eran pecheros. De esta manera acudieron a las villas no sólo gentes extrañas a Vizcaya, de conformidad con la condición impuesta a su primer señor, sino también infanzones o hijosdalgo de la tierra llana, pioneros del ausentismo, los cuales continuaban poseyendo caserías en el infanzonado.

De cuanto llevamos expuesto se infiere que el Infanzonado o tierra llana era la parte principal del Señorío, siendo su legislación privativa el Derecho común de la provincia, y la legislación de las villas, así como la de las caserías censuarias, la excepción.

Las villas eran, pues, una especie de islotes o enclaves del Fuero de Logroño, más tarde sustituido por el Derecho de Castilla. Y en un principio, como quiera que en las cartas pueblas se delimitaba perfectamente el perímetro de aquéllas (1) y se mandaba que se cercasen y amurallasen (2), los conflictos de Derecho civil

(1) En la carta puebla fundacional de Ondárroa claramente se delimita su núcleo urbano, que era «desde Amallogana hasta el Sel de Arranoeta, e desde Mesiaconchaga, e dende a Hoar de Suso, e dende a Arechederraga, e dende a Leganeluz Chopitea, e dende a la punta de la Puerta de Arechurra, e del río de Mandiorraen hasta el punto de Sausatan, por do se separa con Lequeitio». En estos arcaicos y pintorescos términos se delimitan los perímetros de las villas en todas las cartas pueblas de Vizcaya, incluso la de Bilbao.

(2) En la carta puebla otorgada por el conde D. Tello para la villa de Marquina, se ordena a sus pobladores «que la cercuen y la fortalezcan lo más que ellos pudieren». Lequeitio, según Iturriza, tenía «buen muro de piedra de seis pies de grosor». Ondárroa, según Madoz, también estaba cercada de muros por orden del señor de Vizcaya, don Juan Núñez de Lara, al confirmar la carta fundacional y concederle la prebostada por diez años. Y según Henao, Hormaeche y Jado y demás historiadores y jurisconsultos del país, la delimitación y fortalecimiento por medio de murallas de todas las villas de Vizcaya es un hecho probado.

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

interlocal (villas y caserías censuarias, por un lado, y tierra llana por otro) debieron de tener fácil solución; pero, más tarde, como consecuencia de extralimitaciones jurisdiccionales, agregaciones y segregaciones de espacios territoriales, desaparición de los límites sensibles de separación y progresivo avance del urbanismo, unido todo ello a que los hijosdalgo que habían ido a vivir a las villas deseaban conservar el Fuero de Vizcaya para la sucesión de las caserías que poseían en la tierra llana, deseo compartido igualmente por los labradores de las caserías censuarias, quienes rechazaban el Derecho de Castilla referido al orden sucesorio, produjeron el caos y la confusión más espantosos, dando lugar a inacabables y complejos litigios sobre el área respectiva de aplicación del Derecho de Castilla y del Fuero de Vizcaya. A todo ello se quiso poner término mediante la Concordia de 1630, centrada fundamentalmente en dar a los villanos la facultad de optar por el Fuero de Vizcaya y a los infanzones o hijosdalgo que habían ido a residir a las villas la posibilidad de que testaran sujetándose a la Ley XV, Título 20, del mencionado Fuero.

Con los años, las «caserías censuarias» fueron perdiendo su carácter, hasta llegar a desaparecer por completo. Los censos caducaron o se extinguieron y los dueños del dominio útil, advenedizos y por esta razón mirados con recelo y hasta con cierta hostilidad por los naturales del país, para quienes, como advierte el docto investigador y eminente jurisconsulto don DARIO DE AREITIO (*El Gobierno Universal del Señorío de Vizcaya*, págs. 97 a 106), el tema de la hidalgua era una obsesión en el Señorío, llegaron poco a poco a obtener la misma consideración que los moradores de las casas infanzonias, hijosdalgo originarios vizcaínos.

Al propio tiempo, disuelta la Junta General en 1877, y eliminada así, en cierto modo, la constante pugna entre los vecinos de las villas y los hijosdalgo de la tierra llana sobre si aquéllos podían o no acudir por medio de sus representantes a las assembleas «so el Arbol de Guernica», el problema de la dualidad legislativa quedó reducido a la esfera del Derecho privado, centrándose exclusivamente en cuál era el territorio del Señorío donde se debía aplicar el Código civil y cuál era el otro territorio donde se debía de aplicar el Fuero.

Este problema, atenuado por la paulatina desaparición de las

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

caserías censuarias, fue, como antes decíamos, el que concretamente trató de resolver la Concordia de 1630, concediendo a las villas el derecho a acogerse totalmente a la legislación foral. Mas, aun cuando algunas de aquéllas hicieran uso de semejante facultad, es lo cierto que, al tiempo de la publicación del Código civil de 1889, la confusión continuaba y los litigios y conflictos no tenían fin. De aquí que tuviera razón sobrada cierto foralista cuando clamaba por una carta marina y una brújula para poder navegar sin peligro a través de los islotes que tanto abundaban a través de los mares que bañan el viejo Señorío de Vizcaya.

Como el territorio de antieglésias o tierra llana no ofrecía dudas en cuanto a su ancestral y pleno sometimiento al Fuero, ni tampoco las ofrecía el pleno sometimiento al Código civil de los cascos urbanos de las villas que no habían hecho uso de la opción, el territorio suscitador de dudas y polémicas quedaba circunscrito al comprendido dentro de los términos municipales de aquellas villas no aforadas, donde se entremezclaban los típicos «caseríos» del país y las construcciones urbanas y fabriles, ya que, mientras los dueños de los primeros pretendían acogerse al Fuero, invocando la razón histórica de que el Código civil sólo regía dentro de los recintos urbanos, intramuros de las villas, los dueños de las segundas, por el contrario, y aunque sin base ni fundamento de ninguna especie, salvo el dogmático de la inadecuación de la Ley foral a la ordenación sucesoria de la propiedad urbana, pretendían acogerse al Código civil, amparándose muchas de las veces en la circunstancia meramente fáctica de que los muros que circundaban las villas habían desaparecido, y consiguientemente la prueba acerca de los verdaderos límites y extensión de los recintos amurallados resultaba prácticamente imposible de realizar.

Este problema experimentó cierta mejoría con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (a partir de la sentencia de 6 de junio de 1927) declarando que el aumento del ámbito territorial de las villas como consecuencia de anexiones administrativas no implicaba la pérdida de la legislación foral para los habitantes de los territorios anexionados. Pero, así y todo, la confusión continuaba con respecto al resto del territorio de los términos municipales de las villas no aforadas, invadido por lo urbano, que había

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

rebasado los muros que primitivamente cercaban a aquellas localidades.

Verdad es que, en la práctica, se había llegado, con respecto a dicho territorio polémico, a una especie de *modus vivendi*, consistente en aplicar el Fuero a los caseríos situados en dichas zonas de fricción. Mas, sin embargo, la cuestión requería la intervención del legislador, para que de una vez para siempre se acotaran y deslindaran con precisión y seguridad los espacios territoriales respectivamente sometidos al Derecho Foral y al Código civil.

Obedeciendo a esta imperiosa necesidad, los autores del proyecto de Apéndice del año 1900, arbitraron la fórmula de desarrigar por completo el Fuero de los términos municipales de las villas no aforadas, sometiéndolos íntegramente al Código civil.

Desde el punto de vista utilitario, no cabe duda que la simplista fórmula proyectada tenía la ventaja de eliminar el problema. Pero, en cambio, carecía de base histórica, al igual que científica, puesto que ni históricamente cabía extender el Derecho común más allá de los recintos urbanos propiamente dichos, ni tampoco desarrigar de los términos municipales extensas zonas rurales en las que el Fuero había regido siempre y hasta que resultaba necesario y conveniente que siguiera rigiendo, en aras a la conservación de los caseríos y a su transmisión integra a un heredero único.

¿Cómo resuelve la cuestión la Ley de 30 de julio de 1959? Quienes deseen una respuesta completa y satisfactoria a esta pregunta deben consultar el profundo y exhaustivo trabajo analítico publicado en la revista *Urbis* (núm. 24 del año 1959), por el agudo y competente abogado don José María Scala. Nuestra respuesta ha de ser, por el contrario, sintética, extraída por vía de recapitulación de todo cuanto trocea y desmenuza el aludido y admirado compañero, así como del contenido de la Exposición de Motivos y del texto de dicha Ley, cuyos artículos 1.^º al 4.^º, únicos que tratan de la materia, literalmente reproducidos dicen así:

«Artículo 1.^º Las disposiciones del Libro I de esta Ley (que son todas las aplicables en Vizcaya, puesto que el Libro II se refiere a las aplicables en Alava), rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya.»

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

«Artículo 2.º Con la denominación de Infanzonado o tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda; la ciudad de Orduña y todo el término municipal de Bilbao.

Este territorio exceptuado se regirá por el Código civil.»

Artículo 3.º En la denominación de villa, respecto a las doce no aforadas enumeradas en el artículo anterior, se comprende todo el territorio incluido en el perímetro actual o futuro de sus respectivos núcleos urbanos.

Las heredades y tierras inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas no aforadas se presumirán anexas a los mismos por subordinación o destino y estarán regidas, por tanto, por el Código civil, salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo.

También se presumirán anejos al núcleo urbano de las doce villas no aforadas y regidas por el Código civil:

a) Las construcciones y espacios de terreno enclavados en un término municipal, cuando estén destinados a una explotación industrial, a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío.

b) Los espacios de terreno enclavados en un término municipal afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo.

Las precedentes reglas se aplicarán también a la ciudad de Orduña.»

«Artículo 4.º Las modificaciones administrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el Derecho civil aplicable a los territorios afectados.»

De conformidad con el texto de estos artículos, pueden sentarse los siguientes principios:

Primero.—*La nueva Compilación de 1959, al igual que el derogado Fuero de 1526, constituye el Derecho común de Vizcaya y rige en toda la provincia.*

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYÁ

.. Segundo.—*El Código civil es un Derecho excepcional y con este carácter rige dentro del perímetro actual o futuro de los respectivos núcleos urbanos de las villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, y la ciudad de Ordizia y todo el término municipal de Bilbao.*

Estos dos principios están de acuerdo con la tradición histórica, según la cual, como recuerda la Exposición de Motivos, el Derecho común se hallaba «originariamente concentrado... en el recinto urbano de las villas no aforadas», fuera de cuyo recinto, primitivamente amurallado, todo era tierra llana, regida por el Fuenro.

Pero, naturalmente, los autores de la Compilación no podían inhibirse ante el problema de que el «espacio rural circundante» de los primitivos cascos había sido lentamente rebasado por lo urbano, provocando una automática colisión del Código y el Fuenro, y por eso, a fin de no «dejar abandonada la vitalidad institucional del Derecho vizcaíno a un proceso de paulatina desintegración», acotan el área de aplicación del Código, haciéndola coincidir con los perímetros actuales de los núcleos urbanos de las villas no aforadas, dejando. «después preparada la expansión automática del Derecho común al ritmo del desarrollo orgánico de aquéllas», extendiéndolo a los futuros cascos o núcleos. Con esta fórmula correctiva se respeta la historia y, al mismo tiempo, se prevé la suerte que en punto al sometimiento a uno o a otro Derecho han de correr los futuros núcleos urbanos. De ahora en adelante ya no podrán surgir las colisiones que entre Fuenro y Código se producían con respecto a las fincas situadas fuera de los muros de una villa no aforada, pues todas las que queden comprendidas dentro del actual perímetro de los actuales cascos se regirán por el Código civil, y lo propio sucederá con todas aquellas otras, aunque sean «caseríos», que resulten afectadas por la futura expansión del casco urbano en virtud de planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo.

^ Tercero.—*El Código civil rige también con carácter excepcional en aquellos puntos de los términos municipales de las villas*

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

no aforadas que se hallen comprendidos dentro de planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo, así como en aquellos otros puntos de los mismos términos que no se encuentren ocupados por caseríos y sus pertenecidos.

Entre los límites jurisdiccionales de la tierra llana y la línea perimetral de los actuales o futuros casos, se encuentran los términos municipales en los que primitivamente regia también el Fuero como Derecho común o general, aunque en permanente colisión con el Código, según ya hemos visto.

El proyecto de Apéndice de 1901, cortando por lo sano y haciendo caso omiso de la tradición histórica, trató de resolver el problema por medio de una fórmula radical y pragmática, aunque poco científica, cual era, al decir de la Exposición de Motivos, la de «transportar de un golpe el área del Derecho común desde el límite del casco urbano de las villas no aforadas, hasta la línea administrativa que actualmente señala el perímetro de sus respectivos términos municipales».

Los autores de la Compilación rechazan ese sistema, porque con él—agrega la Exposición de Motivos—«el derecho foral ganaría una aparente estabilidad al precio de la más costosa transacción: quedar desarraigado de extensas zonas rurales en las que, precisamente, se asientan los rasgos más típicos del patrimonio familiar vizcaíno».

La solución arbitrada por la nueva Ley compiladora trata de combinar el respeto al pasado con las exigencias dogmáticas y la realidad actual de la vida económico-social, «mediante un sistema de normas correctivas que empiezan por extender la jurisdicción del Código civil a todo el perímetro actual de las concentraciones urbanas de las villas no aforadas: deja después preparada la expansión automática del Derecho común al ritmo del desarrollo orgánico de aquéllas, y al llegar al área donde lo rural y lo urbano interfieren y Código y Fuero entran en colisión, sienta una doble presunción encaminada a polarizar ambas jurisdicciones en torno a sus auténticas bases territoriales, centrando y acotando el Derecho foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos. Con ello se sirve con fidelidad la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones,

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA.

principalmente, en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno».

Es una pena que esta clara explicación de la Exposición de Motivos sobre el alcance de las fórmulas correctivas, encaminadas a progresar conservando, rindiendo tributo por igual a GROCIER y a SAVIGNY, no haya cristalizado en una norma legal diáfana, concreta y precisa, como pudiera haber sido la de preceptuar que el Código civil rige también excepcionalmente en todo el territorio de los términos municipales de las villas no aforadas que no se encuentre ocupado por caseríos y sus pertenecidos, los cuales continuarán sometidos al Derecho foral.

En vez de ésta o parecida regla, los autores de la Compilación han preferido perderse en el casuismo del artículo 3.^º, tan complejo como inútil, ya que después de todas las presunciones, distingos y criterios que establece, los únicos espacios territoriales de los términos municipales correspondientes a las villas no aforadas que se salvan de la invasión del Código civil son los integrados por los caseríos y sus pertenecidos, cuando estas fincas no queden comprendidas dentro de planes de urbanización oficialmente aprobados. Y no se diga que esta conclusión a que llegamos es demasiado radical y simplista, porque la autenticidad de la misma garantiza la propia Exposición de Motivos en los pasajes anteriormente transcritos. Es evidente que para aquélla la *ratio legis* del Fuero radica en la intangibilidad del caserío, a cuyo efecto lo acota y excluye del Código. La finalidad primordial de la Compilación, verdadero «estatuto agrario», no es otra, pues, que la de dar al Código lo que es del Código y al Fuero lo que es del Fuero: al primero, la regulación del patrimonio de la familia de tipo urbano, no troncal o temporal, y al segundo el patrimonio de la familia de tipo rural, troncal o estable, sin merma, en ambos casos y hasta donde es posible, del más escrupuloso respeto a la tradición histórica.

Cuarto.—*La villa de Bilbao y todo su término municipal se rigen por el Código civil.*

Bilbao, «ciudad atlética y mercante, mitad riojana», según frase de un perspicaz escritor contemporáneo, es un caso especial,

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

dentro de Vizcaya y por tanto había que darle un tratamiento también especial.

Como consecuencia del vertiginoso desarrollo urbano y fabril, su término municipal se había expansionado a costa de las antieglésias vecinas (Deusto, Begoña, Abando, etc., etc.); y aunque la jurisprudencia tratara de mantener el equilibrio entre Fuero y Código, sentando la doctrina legal de que los territorios anexionados conservaban su derecho autóctono, no por eso dejaba de ser grave el problema de la duplicidad legislativa, hasta el punto de que las colisiones derivadas de la dualidad de leyes civiles llegaban incluso a afectar a ciertos sectores y vías del núcleo urbanizado propiamente dicho. Por otra parte, la zona rural del término municipal bilbaíno, asiento del típico «caserío», se había esfumado, recibiendo el golpe de gracia con la entidad administrativa del «Gran Bilbao» y la incesante revalorización. A consecuencia de ello, el retracto foral o gentilicio se había convertido en arma de coacción y granjería, la troncalidad en un mito y la comunicación foral en un sistema inadecuado para regular las relaciones económico-matrimoniales de mercaderes, fabricantes e inmigrantes procedentes en cantidades masivas de todos los lugares de la Península. El Derecho foral se había convertido así en una legislación oportunista, sin base natural ni afectiva, cuya aplicación se invocaba o repelía a medida de las conveniencias de cada cual. De aquí que tenga razón la Exposición de Motivos al afirmar que «todo el término de la capital es urbano en el sentido técnico de la palabra, y lo que no lo es ha perdido la esencia de la ruralidad y está impregnado de urbanismo por su inmediación o su inminente destino», fundamentando y decretando de este modo la declaración de someter, excepcionalmente, todo el término municipal de la capital vizcaína al Derecho común.

Quinto.—Todas las agregaciones y segregaciones que en lo sucesivo experimenten los términos municipales de las villas y de las antieglésias no hará variar la legislación civil de lo agregado y segregado.

Aunque la Exposición de Motivos únicamente alude al «error histórico permanente... de subordinar el Derecho privado a las fluctuaciones topográficas del Derecho municipal, desarraigando

LAS DOS LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES EN VIZCAYA

el «Fuero de las zonas rurales conquistadas por la expansión administrativa de las villas no aforadas», en el texto de la Compilación se resuelve el problema con más amplitud, ya que también aplica la misma solución al caso inverso; aunque poco frecuente, de que sean las anteiglesias las que se expansionen a costa de las villas no aforadas. La fórmula correctiva es igual y reciproca para ambas hipótesis.

Los hombres no inventaron el Derecho para evitar conflictos, sino para resolverlos, y por eso no cabe esperar que las normas de la Compilación sobre la territorialidad puedan llegar a tener el valor taumatúrgico de acabar definitivamente con los pleitos derivados de la dualidad legislativa en esta provincia. Sin embargo, y aunque las fórmulas ideadas por el nuevo Ordenamiento podían haber sido más claras y concretas en algunos extremos, la Compilación ha de contribuir a mejorar notablemente el problema, huérfano de regulación legal en el Fuero de 1526.

MANUEL RICARDO LEZÓN,
Registrador de la Propiedad.

[4]

«El derecho privado vasco-navarro ante la codificación»

LEZÓN NOVOA, M. R.:

En *Estudios de Deusto*. 1972,
vol. 290, págs. 97-100

EL DERECHO PRIVADO VASCO - NAVARRO ANTE LA CODIFICACION

Presidente: D. José Ignacio González del Valle

Moderador: D. Adrián Celaya

Componentes: D. José Arregui Gil
D. Antonio Cillán Apalategui
D. José Luis Lacruz Berdejo
D. Felicísimo Larrínaga
D. Manuel Ricardo Lezón
D. José Luis de los Mozos
D. José Javier Nagore
D. Leonor Oleaga
D. Francisco Salinas Quijada
D. Miguel Unzueta

INTRODUCCION

La creciente inclinación de los juristas hacia la unidad de legislación y el sentido crítico de nuestros tiempos que exige un examen racional de las normas tradicionales obliga a los estudiosos del Derecho Foral a hacer un análisis racional de sus instituciones para prever sus posibilidades en el futuro.

No se trata de tomar una línea de resistencia, sino simplemente una actitud racional y de colaboración que necesariamente ha de partir del respeto debido a las instituciones tradicionales que, por su arraigo y su adaptación a la realidad social, merezcan ser conservadas y acaso, en alguna ocasión, generalizadas.

Esta mesa redonda se propone reunir un grupo de especialistas que trate de dar un primer paso en este camino, buscando lo esencial de nuestras concepciones jurídicas, tratando de hallar su conexión con otras legislaciones forales e investigando fórmulas para el futuro.

Sr. Lezón

Señoras y señores, voy a responder a la misma pregunta que se le ha formulado a D. Felicísimo Larrínaga, pero generalizando y no entrando en la casuística, por premura de tiempo.

¿Cuáles son las instituciones fundamentales del Derecho Foral de Vizcaya, Alava y Navarra, que tienen mayor arraigo, y las más susceptibles de adaptación a la vida actual?

Voy a responder a esta cuestión, pero circunscribiendo mi respuesta a la provincia de Vizcaya, única cuya vida jurídica conozco a través del ejercicio de mi profesión, desde 1942 hasta la época actual.

De todas las instituciones de Derecho Foral, la que más arraigo tiene en Vizcaya, sin ningún género de dudas, es la de la libertad de testar, ya personalmente o bien a través de comisarios. Al mismo nivel podemos situar el régimen matrimonial de la comunidad universal de bienes, raramente desvirtuado por capitulaciones matrimoniales, previas al matrimonio, pactando sistema económico distinto. En cambio, la troncalidad —con perdón de D. Felicísimo— como sistema sucesorio entre colaterales y anulatorio de ventas de inmuebles a extraños, ha perdido importancia en la era moderna, debido, sin duda alguna, a que la transmisión del caserío indiviso de tronquero en tronquero, ya no constituye el ideal de la familia campesina de Vizcaya.

En lo referente a la troncalidad, bajo el punto de vista sucesorio, han contribuido a su decadencia, entre otras, las siguientes razones:

a) Falta de un precepto legal, ausente del Fuero viejo, Fuero nuevo y Compilación, prohibitivo de la división material del caserío.

b) Revalorización inusitada de la parte montuosa del caserío, apta únicamente para la repoblación forestal de especies arbóreas de crecimiento rápido, originadoras de grandes rendimientos, con el correlativo demérito de la parte agrícola y ganadera.

c) Creciente expansión de las zonas industriales y urbanísticas y consiguiente conversión del suelo rústico en suelo urbano o de reserva

urbana. El ejemplo del término Municipal de Bilbao, que la Compilación sujeta íntegramente al Derecho civil común, habla por sí solo.

d) La vigente legislación sobre arrendamientos rústicos, posibilitadora del desahucio de caseríos próximos a carreteras, núcleos de población, ferrocarriles, etc...

e) Las plus valías alcanzadas por el suelo urbano o de reserva urbana, en que se han convertido muchos caseríos, lo que incita a una venta libre y a la conversión del capital inmobiliario en títulos valores y al casero, en ciudadano.

En cuanto al retracto foral, si bien es cierto que en la práctica da lugar a numerosos litigios, no es menos cierto que, como instrumento conservativo del dogma troncal, el tronco al tronco y la raíz a la raíz, se halla completamente desprestigiado entre los juristas de la provincia, que ven en la saca foral un instrumento de especulación, cuando no de coacción. Es extraña la actuación romántica del retrayente, movido por el afecto familiar a la propiedad rural. Por regla general, el retracto sólo se utiliza con respecto a parcelas afectadas por planes urbanísticos, de revalorización inmediata.

En lo que se refiere a la libertad de testar, creo que en la conciencia de todo padre vizcaíno late la idea de su autoridad y de su pleno derecho a poder nombrar heredero tronquero al hijo que, a su juicio, sea el más idóneo y merecedor de asumir la dirección del patrimonio familiar. Y digo asumir la dirección, porque en el terreno de la práctica diaria se observa cada vez más la tendencia a convertir al tronquero instituido en una especie de gerente o factor de la casería o de la empresa doméstica, imponiéndole el testador la obligación de satisfacer la legítima en metálico a los demás hermanos.

Ha pasado a la historia la deprimente, humillante e incluso poco cristiana fórmula del apartamiento a los no tronqueros (un real de vellón, un palmo de tierra y una teja, o un árbol infructífero en lo más lejano). La Compilación ha sufrido estas arcaicas formas de desheredación y legítima ficticia, y la costumbre —como ya advertíamos—, cada vez más arraigada, es la de apartar con una cantidad equivalente al importe de lo que el tronquero recibe en inmuebles. En realidad, el aldeano vizcaino no hace otra cosa que usar de la facultad que a todo testador concede el artículo 1.056 del Código Civil, del que se hace un uso frecuentísimo en Guipúzcoa, donde, aunque no existe Derecho Foral, las costumbres son idénticas a las de Vizcaya, o muy parecidas.

Existe una tendencia fortísima en Vizcaya a delegar la facultad de testar en el cónyuge sobreviviente. Me limito a registrar el hecho sin entrar en el examen de su motivación. La gente del campo denomina "po-

deroso" al cónyuge designado comisario, pues cree y entiende que continúa con la misma autoridad del premuerto, y así lo creen y entienden los hijos, que guardan más respeto a sus padres al ver que la muerte de uno de ellos más bien acrecienta que disminuye la potestad del progenitor sobreviviente. El respeto a esta institución dio lugar a que los plazos perentorios que el Fuero establecía para hacer uso del poder testatario, fueran convencionalmente prorrogados de una manera indefinida y que la actual Compilación, haciéndose eco, en cierto modo, de tan inveterada costumbre, faculte al comisario para poder ejercitarse sus funciones durante un plazo o término que la práctica notarial viene convirtiendo en indefinido, pues a tanto equivale el fijarlo o señalarlo en 50 ó 40 años, o sea, en toda una vida, por decirlo así.

Esta inclinación a prorrogar el ejercicio de la facultad de testar o donar por delegación, busca también la finalidad, quizás decisiva, de reforzar la posición jurídica y económica del viudo, y sobre todo, de la viuda. Se observa también en el Derecho común, como lo demuestra el frecuente uso que viene haciéndose del legado del tercio libre a favor del esposo o de la esposa, a satisfacer mediante el usufructo universal, cuando quepa dentro de dicho tercio.

Para terminar esta breve reseña, sólo nos resta referirnos a la comunicación foral. La ausencia de un registro de sistemas matrimoniales y las dificultades probatorias de la vecindad regional, constituyen a veces difícilísimo obstáculo para la comprobación exacta de cuál es el régimen del matrimonio vizcaino y de la preferencia que los habitantes de esta provincia demuestran por ese régimen o por el de gananciales. Nosotros creamos, sin embargo, que la comunicación foral es aceptada con agrado por los vizcainos, como consecuencia precisamente de la inclinación de los esposos a reforzar su situación durante la viudez, manteniendo el patrimonio unido y la autoridad sobre quienes han de regirlo eligiendo al mejor.

La comunicación foral casa perfectamente con el espíritu práctico y sencillo de los vizcainos: un activo común, un pasivo común y una bipartición al tiempo en que se extingue. La comunidad matrimonial no se concibe por los vizcainos ni por quienes constantemente aplican el derecho, Notarios y Registradores principalmente, como un régimen sometido a condición suspensiva, sino como sistema imperante desde el momento de la celebración del matrimonio, sujeto a la "conditio juris" resolutoria negativa de que a la muerte de uno de los cónyuges no queden hijos.

En lo que a la naturaleza de esta institución, la más frecuente y usual de todas las del Derecho Privado vizcaino, respecta, podemos afirmar que se concibe y aplica no como un caso de propiedad colectiva o en mano común germánica, sino en el sentido clásico y romanístico del proindivi-

so por cuotas, lo que en la esfera de la realidad puede tener grandísima importancia cuando se trate de embargos y ventas forzosas por deudas de alguno de los esposos, contraídas con anterioridad al matrimonio, o contraídas después, por virtud de multas, condenas o en fraude del otro cónyuge.

La comunicabilidad universal de bienes así entendida unánimemente por quienes manipulan el derecho en su estado biológico, se adapta perfectamente a la sociedad de nuestros días, siendo no sólo aplicable a los matrimonios rurales sino también a los mercantiles e industriales. En este sentido podemos citar la moderna Ley Holandesa de 1959, que, con variaciones de detalle, coincide sustancialmente con la comunicación foral vizcaina. Y lo que no deja de ser curioso es que, así como la comunicación foral sirvió para mantener la unidad familiar vizcaina sobre la unidad territorial del caserío, la comunidad universal holandesa fue ideada, en el año 1882, para fortalecer la unidad de patrimonio de los navegantes flamencos. He dicho, señores.

[5]

«¿Puede ser nombrado
heredero único el nieto
viviendo el padre?»

LEZÓN NOVOA, M. R.:

En *Boletín del Colegio Nacional de Registradores.*
Diciembre 1975, núm. 108, págs. 1011-1017

NOTAS DE COLABORACION

¿Puede ser nombrado heredero único el nieto vizcaíno viviendo su padre?

El docto Notario don J. Luis Pardo (*Estudios de Derecho privado*, tomo I, páginas 27 y 28), al explicar las normas por las que se rige la herencia forzosa (arts. 21, 22, 24 y siguientes concordantes de la Compilación de 1959), parece dar a entender, refiriéndose a los hijos y demás descendientes legítimos, que el grado más próximo excluye al más remoto, al advertir que los descendientes de grado ulterior sólo son legitimarios por derecho de representación, lo que impide que el abuelo pueda mejorar al nieto viviendo su padre, contrariamente a lo que sucede donde rige el Código civil. Creemos que el eminentísimo jurisconsulto VALLET DE GOYTISOLO es de la misma opinión. Según él, «la entidad hijos y descendientes legítimos abarca: 1) a todos los hijos legítimos, y 2) a los demás descendientes legítimos que representen a algún hijo premuerto (48). Basta: a) que fácticamente sobre el caudal legitimario, la disposición a favor de uno solo de sus hijos o de los descendientes, sea del grado que sea, con tal que este descendiente, si es de grado ulterior, represente a un hijo premuerto del causante (49), y b) que se aparte a los demás hijos y a los descendientes de ulterior grado que representen a hijos premuertos» (VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I).

Como no tengo arrestos ni competencia suficientes para poder refutar tan autorizadísimos criterios opto por dedicar estas líneas a exponer lo que, a mi modo de ver, constituía el espíritu del Fuenyo derogado y lo que, en concordancia con aquel espíritu, preceptúa la Compilación sobre tan interesante materia, de práctica frecuente en la realización del Derecho privativo de Vizcaya.

El pasado año, sin ir más lejos, he tenido ocasión de conocer varios casos de nombramiento de heredero único en favor del nieto viviendo su padre, apoyándose el abuelo en lo dispuesto por el artículo 23 de la Compilación. Y actualmente sé de algunos compañeros que ante casos idénticos dudan y vacilan respecto a la solución que deban darles.

¿Son válidos tales nombramientos? He aquí la cuestión, para cuyo esclarecimiento conviene que cada cual aporte lo que sepa y pueda acerca de la vigente normativa foral y sus antecedentes históricos, aunque sea tan poco y tan discutible como lo aportado mediante estos mal compuestos renglones.

Antes de la actual Compilación era fundamental en la materia de elección de heredero o de herederos la Ley 11 del Título XX del Fueró de Vizcaya, cuyo texto, confirmado y complementado por las Leyes 4 y 13 del mismo Título y la 6 del Título XXI, entre otras, se hallaba concebido en los siguientes términos:

«Otrosí dixerón: Que havían de Fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley que cualquier Hombre o Muger que uviere Hijos de legítimo Matrimonio pueda dar, así en vida, como en el artículo de la muerte, a uno de sus Hijos o Hijas legítimos o a su nieto y descendiente de su Hijo o Hija legítimo que hay seydo fallecido, *todos* sus bienes, muebles y rayzes, apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros Hijos o Hijas y descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio.»

Depurado de arcaísmos el texto y corrigiendo sus deficiencias gramaticales, el artículo 39 del proyecto de Apéndice de 10 de febrero de 1900 ratificaba, en esencia, la reproducida Ley 11. El contenido de dicho artículo, con el aditamento de otras disposiciones forales, estaba redactado de la siguiente manera:

«Teniendo hijos legítimos o descendientes legítimos, el testador podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes.

Los otros cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos, *entre los cuales podrá el causante repartirlos como tuviera por conveniente o elegir a uno de sus hijos o hijas o descendientes cuyo padre hubiese fallecido y apartar a los demás con poco o mucho de tierra raíz.*»

De acuerdo con estos preceptos forales, bien sea por donación, bien por testamento—decía JADO—, el padre o madre podía dejar *todos* sus bienes a uno de sus hijos o hijas legítimos, pero apartando a los demás con algo de tierra, con la legítima foral estricta. La facultad de elección en el caso de que hubiera hijos y otros descendientes no se extendía a elegir a uno cualquiera de éstos, pues para que el testador pudiera dejar *todos* sus bienes al nieto o descendiente de su hijo o hija se requería que ese hijo o hija hubiera fallecido.

La libertad de testar no era, pues, absoluta, como debiera. La reproducida Ley 11 la limitaba, en el sentido de que el abuelo no podía dejar «*todos*» sus bienes al nieto viviendo el padre de éste, según acabamos de ver. Podía mejorársela, eso sí, y hasta dejarle más bienes que a su padre; pero lo que de ninguna manera podía hacer el testador era nombrar a su nieto heredero único, salvo en el supuesto de que su padre le hubiera premuerto. Fuera de dicha restricción, los cuatro quintos constitutivos de la legítima global (o de la totalidad de los bienes, de no existir el quinto de bienes muebles) eran para los hijos legítimos y descendientes legítimos, *entre los cuales*—decía el artículo 39 del proyecto de Apéndice, resumiendo lo preceptuado en la Ley 11 del Título XX y otros artículos del Fueró—*podía el causante repartirlos como tuviera por conveniente.*»

A mi modo de ver, tanto aquella *restricción* en contra del nieto, hijo del padre vivo, como la *excepción* en favor del nieto, hijo del padre premuerto, contenidas en la Ley 11 del Título XX del Fueró y en el artículo 39 del proyecto de Apéndice, eran dos notas discordantes dentro de un sistema que colocaba y coloca la libertad absoluta de testar incluso por encima de la institución de la troncalidad.

En nuestra búsqueda de criterios y opiniones hemos encontrado encendidos cánticos y profusión de elogios a esa libertad; mas no hemos podido encontrar, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, justificación alguna a la restricción y excepción señaladas.

En cambio, contra la limitación y excepción contenidas en la Ley 11, considerándolas poco conformes con el espíritu foral de la libertad civil de testar y elegir heredero, pueden aducirse poderosas razones. Examinaremos brevemente las que nos parecen más importantes.

Por lo pronto, el ilustre Registrador de la Propiedad don Ramón de Hormaeche (pág. 111 de su obra *Leyes civiles de Vizcaya*), profundo conocedor del Derecho de esta provincia, ya hacía notar, pese al texto de la Ley 11 del Título XX, «que no ocurría aquí lo que en Castilla, en donde los herederos forzosos que se encontraban en el mismo grado debían repartirse la herencia por iguales partes, a menos que alguno de ellos hubiera sido mejorado; en Vizcaya, los herederos del primer grupo (descendientes) excluyen a los del segundo (ascendientes), y los del segundo a los del tercero (colaterales); pero el testador, dentro de cada uno de estos tres grupos, puede designar el sucesor tronquero que mejor le parezca, aunque no sea el más próximo en parentesco, apartando a los demás con algún tanto de tierra, poco o mucho».

En el Fuero imperaba, por tanto, el principio de libertad de distribución dentro del grupo de los descendientes, sin consideración a grados de proximidad, al contrario de lo que ocurre en el Código civil, como hace notar LACRUZ, comentando su artículo 807, donde mientras haya hijos no serán legitimarios los descendientes. No sucedía lo mismo en Vizcaya, puesto que dentro del círculo de descendientes se hallaban mezclados los hijos, los nietos y demás descendientes legítimos de ultrerior grado, con igualdad de expectativas a la vocación y delación de la herencia, a modo de candidatos libremente elegibles por el mejor elector imaginable: el padre, *moderator et arbiter*.

Y que esto era así durante la vigencia del Fuero, al menos en el plano filosófico-jurídico, y actualmente lo es, según veremos, en virtud de disposición legal, tiene su explicación más clara en la naturaleza de la legítima foral. Es harto sabido que en Vizcaya no existe ni ha existido nunca porcentaje alguno de legítima individual, garantizador de una participación fija e igualitaria en la herencia a favor de los legitimarios. Lo que en el Código civil se conoce por la denominación de tercio de legítima estricta o corta, en Vizcaya se reducía a la ficción de «un palmo de tierra y una teja» o de un «árbol infructífero y en lo más lejano», sustituido hoy en día por la simple manifestación del apartamiento. La legítima vizcaína de los cuatro quintos se nos presenta entonces dotada de las mismas características que muchos autores asignan al tercio destinado a mejora por el Código civil, el cual tercio—afirman—aparece como una reserva global a favor de los descendientes legítimos, con el peculiar rasgo de atribuir al causante libertad de distribución dentro del grupo de los legitimarios, siendo factible, por tanto, que ese tercio pueda recaer en descendientes legítimos, aunque vivan los de grado intermedio. Entre la legítima foral de los cuatro quintos, verdadera reserva de tipo germánico, y el tercio del Código destinado a mejora no median, pues, otras diferencias que las simplemente cuantitativas, puesto que cualitativamente significan lo mismo. Luego si dentro del régimen jurídico común puede el abuelo mejorar al nieto viviendo el padre de éste, dejándole incluso la totalidad del

tercio, ¿cómo puede privársele de semejante facultad dentro del régimen foral con respecto a los cuatro quintos? ¿Acaso no se hallaría tal prohibición en contradicción flagrante con la tan justamente encomiada libertad de testar, orgullo de los aforados vizcaínos, como opuesta al encorsetado sistema legitimario castellano?

Además, la libertad de asignación de los cuatro quintos forales, inexplicablemente limitada por la derogada Ley 11 del Título XX, no sólo tiene idéntico fundamento que la libertad de asignación del tercio de mejora, sino incluso mayor, pues al robustecimiento de la autoridad paterna mediante la facultad de premiar méritos o sancionar deméritos, hay que añadir el empeño puesto por las disposiciones forales en evitar los gravísimos inconvenientes del reparto forzoso de la herencia y el fraccionamiento del «caserío», cuya transmisión a favor del descendiente más apto, previamente seleccionado por el testador o donante, constitúa y sigue constituyendo la única garantía de unidad, continuidad y estabilidad de la familia campesina. Por eso negar al padre la posibilidad de posponer los descendientes de primer grado a los de grado menor (nietos, bisnietos, etc.), dejando a alguno de estos últimos todo el caserío, el patrimonio rural íntegro, cuando ninguno de los primeros reuniera condiciones para poder desempeñar la gerencia de la empresa familiar, era una censurable anomalía de la Ley 11, que la Compilación ha suprimido silenciadola.

No menos chocante que la examinada restricción en contra del nieto, hijo del padre vivo, era la excepción a su favor, en el supuesto de que su padre le hubiere premuerto. Como quiera que los foralistas guardan silencio sobre el particular, el origen de tal excepción quizá pudiera encontrarse en la fase evolutiva del Derecho germánico, durante la cual el ingreso en la herencia de los nietos se hacía por llamamiento especial del abuelo o bien en la existencia de una sustitución vulgar tácita, implícitamente contenida o sobrentendida en toda disposición *mortis causa* del abuelo a favor del nieto.

La Compilación de 1959, llevando la libertad de testar a sus últimas y lógicas consecuencias, ha puesto fin a dichas anomalías suprimiendo la restricción y la excepción, de que acabamos de ocuparnos, y restituyendo al grupo formado por los hijos y descendientes legítimos del causante la igualdad de oportunidades que caracteriza o debe caracterizar a todo sistema puro de elección facultativa de heredero único. Su artículo 23 es claro y terminante en este sentido: «El testador —dice— podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno de ellos apartando a los demás.»

El ilustre tratadista don ADRIÁN CELAYA, a quien tanto debe la cultura jurídica de Vizcaya, aunque no alude expresamente al artículo 23, viene a confirmar, al menos de manera indirecta, su alcance derogatorio, poniendo de relieve que en los artículos 7 y 22 de la Compilación no aparecen la restricción y la excepción contenidas en la Ley 11 del Título XX del Fueno (*Vizcaya y su Fueno civil*, pág. 297).

Ante el mutismo que guardan los artículos 7 y 22 y los claros y explícitos términos del 23 de la Compilación, nosotros nos atrevemos a sostener que la nueva normativa foral ha venido a limpiar de impurezas la libertad de testar, de acuerdo con el espíritu que la informaba y la finalidad que perseguía. Recordemos las palabras de ROCA SASTRE: «En Vizcaya resalta con toda claridad la natura-

leza de sucesión vincular, preordenada y estatutaria, aunque de tipo electivo. Aquí no es procedente hablar de legítima en el sentido de *portio debita*, sino en el sentido de sucesión forzosa (*pars hereditatis* o *pars bonorum*), determinada en realidad por la idea de copropiedad familiar.» (*Estudios de Derecho privado*, volumen 55, pág. 149). ¿Pero no es el Fueno, sin duda, todo él, en su conjunto, una gran reserva o vinculación de bienes raíces a favor de la familia a que pertenece, al decir, si mal no recuerdo, de URIARTE BERASATEGUI? Lo que ocurre es que el vínculo no se transfiere automáticamente, siguiendo el riguroso orden de masculinidad y primogenitura; el vínculo se transmite electivamente, siguiendo la voluntad del padre. O lo que es igual: se transmite no al mayor, designado por la ley, sino al menor, previamente seleccionado y designado por el testador o donante, sin tener en cuenta edad, sexo o grado; porque lo único que con la libertad de elección se persigue es, en definitiva, que la familia permanezca unida bajo la jefatura del más apto.

En vista de cuanto expuesto queda, nos dejan perplejos los coincidentes criterios sentados por los señores PARDO y VALLET DE GOYTISOLO, encabezadores de este ensayo, en el sentido de que los nietos y demás descendientes legítimos sólo heredan por derecho de representación. Nuestra sorpresa nace de que ambos doctísimos glosadores se basen exclusivamente, al parecer, en los términos literales del artículo 22 de la Compilación, haciendo caso omiso del artículo 23 y de las razones que en pro de la libertad de elección militan. Pero es que tampoco el texto del artículo 22 autoriza a mezclar y confundir el derecho de libre elección de heredero con el derecho de representación, pues si bien es cierto que la segunda institución hubiera quedado más claramente diferenciada y desligada de la primera si en el texto del artículo 22, después de decir que son herederos forzados «los hijos y descendientes legítimos», se hubiera colocado una coma, la sustitución de este signo ortográfico por la preposición «con» es suficiente, a nuestro juicio, en orden a evitar que la confusión se produzca, habida cuenta de que dicha preposición tiene aquí el significado de «juntamente» (uno de los varios que le atribuye la Real Academia). De manera que cuando expresa el precepto que son herederos forzados «los hijos y demás descendientes legítimos, con derecho de representación a favor de sus descendientes legítimos», es como si dijera que son herederos forzados «los hijos y demás descendientes legítimos, junto con la descendencia legítima de todos ellos, la cual tiene a su favor, en su caso, el derecho de representación».

La Compilación no ha introducido la novedad del derecho de representación como un condicionamiento o limitación de la libre elección de heredero, sino como su complemento, en previsión de que el descendiente elegido premuera al elector sin dejar sustituto o sin que el sobreviviente cambie su testamento procediendo a otra elección.

Cierto que concediendo al derecho de representación el carácter de figura jurídica complementaria del derecho de libre elección de heredero puede darse el caso, absurdo o límite, de que el bisnieto, incapaz por su corta edad de regir el caserío, llegue a ocupar el lugar del nieto premuerto; pero aparte de que semejante riesgo, fácil de prever, puede conjurarse mediante cláusula expresa de sustitución vulgar o de nueva designación de heredero por parte del abuelo sobre-viviente, nunca podría atribuirse la culpa de su producción a la libertad de testar, sino a todo lo contrario, es decir, al ciego automatismo del derecho de represen-

tación, automatismo que los campesinos aforados miran con horror. De aquí que el Fueno no admitiera el derecho de representación, que la jurisprudencia lo rechazara y la costumbre no está claro lo acogiera (sentencia de 29 de enero de 1920).

Como resumen y complemento de todo lo anteriormente tratado podemos formular las siguientes conclusiones:

1.^a Antes de la Compilación parece claro que el abuelo no podía disponer de «todos» sus bienes en favor del nieto viviendo el padre de éste. O lo que es lo mismo: no le podía nombrar heredero único mientras su padre viviera (Ley 11 del Título XX y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1920).

2.^a Pero antes de la Compilación parece claro también, dados los términos literales de la Ley 11 y el espíritu foral de libre distribución y elección, que el abuelo podía mejorar al nieto viviendo el padre de éste e incluso dejarle más bienes que a su progenitor, lo que, por otra parte, estaba acorde con la naturaleza de la legítima vizcaína, similar al tercio de mejora del Código civil.

3.^a Publicada la Compilación parece claro igualmente que aquella prohibición de la Ley 11 ha sido tácitamente derogada, al no hallarse recogida en ningún precepto de la nueva regulación legal.

4.^a Pese a la deficiente redacción del artículo 22 de la Compilación cabe sostener que juntamente o al lado de la línea formada por los «hijos y demás descendientes legítimos», el legislador ha introducido la novedad del derecho de representación «*a favor de sus* descendientes legítimos». Que la separación conceptual entre los que *heredan* por derecho propio («hijos y descendientes legítimos») y los que *pueden* heredar por derecho de representación («*sus* descendientes legítimos», es decir, el nieto, el bisnieto, etc.) habría quedado con mayor diafanidad establecida si el párrafo «con derecho de representación a favor de sus descendientes legítimos» hubiere figurado también gramaticalmente separado, al menos, por una coma antes de la preposición «con» es evidente; pero así y todo, la diferenciación conceptual no parece empañada.

5.^a Y ello es así porque cuando el abuelo testa, su voluntad no se halla ni puede hallarse condicionada o limitada por el derecho de representación, dada la eventualidad de su producción y la incertidumbre respecto a quién o quiénes hayan de ser los representantes del descendiente legítimo elegido.

El derecho de libre designación es anterior al de representación. Aquél es un derecho cierto; éste, un derecho incierto. Aquél obedece a la llamada del testador, mientras que el derecho a ser representante nace de la vocación de la ley.

6.^a En el momento de testar, el abuelo no tiene ante sí más que el cuadro de sus hijos y demás descendientes legítimos, es decir, la línea o grupo de candidatos a sucederle, entre los cuales puede e incluso debe elegir al que considere más apto. Naturalmente, ignora si el elegido le premorirá o no. En aquel momento, por tanto, no puede hablarse de «descendientes legítimos con derecho de representación».

De aquí que armonizando el artículo 22 con el 23 de la Compilación, la libertad que éste otorga haya de entenderse plena y desarrollable únicamente dentro del círculo de las personas ciertas y conocidas que lo integran en vida del testador. Designado el heredero único (hijo, nieto), si el abuelo desea previnirse contra la sorpresa de lo desconocido puede nombrar sustituto vulgar del elegido. Sólo cuando el abuelo no adopte semejante medida cautelar y postmuera

el tercio de libre disposición, sino también el tercio de mejora, ¿cómo no va a poder dejarle la totalidad de la herencia donde, cual en Vizcaya ocurre, no existe el intangible tercio de legítima estricta? ¿No se hallaría la cortapisa del Código civil en flagrante contradicción con la mayor libertad de testar y distribuir de que goza el vizcaíno con respecto al no aforado?

8.^a Finalmente, si el derecho de representación sólo es viable o admisible, tratándose de la sucesión testada y dentro del ámbito del Código civil, con respecto a la legítima corta (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952), difícilmente podría dársele mayor extensión y alcance en Vizcaya, tradicionalmente reacia a aquella figura jurídica, según puso de manifiesto la sentencia citada en el cuerpo de este artículo.

Hacer de peor condición al nieto vizcaíno que al de Derecho común, precisamente en una región donde la libertad de testar y elegir heredero es mayor que la concedida por el Código civil, nos parece un contrasentido, máxime si la posterización de aquel dogma foral obedece exclusivamente a la deficiente redacción de un precepto legal de nueva planta y a la introducción de una figura jurídica sin arraigo en Vizcaya, sin desarrollo dentro de la Compilación y de dificilísima adaptación a las normas supletorias del Derecho común, tanto por no existir ninguna que admita el derecho de representación en la sucesión testada cuanto por la ausencia de una común opinión doctrinal y jurisprudencial sobre su extensión y alcance.

MANUEL-RICARDO LEZÓN Novoa
Registrador de la Propiedad

[6]

«El poder testatorio»

LEZÓN NOVOA, M. R.:

VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI /

Bizkaia XXI. mendearen aurrean, VI. Jardunaldiak.

Actualización del Derecho civil vizcaíno y Jurisprudencia

(OSSA ECHABURU, R., coord. y dir.)

Bilbao: Bizkaiko Foru Aldundia/Diputación Foral de Bizkaia,

1988, tomo 2, págs. 369-374



La imposibilidad de estar presente en el acto hizo que el punto de vista de don Ricardo Lezón, Registrador de la Propiedad, acerca de «El poder testatorio», fuese dado a conocer por el Secretario de la Comisión de Vizcaya de la RSBAP, don Jesús de Oleaga Echeverría (en el extremo de la mesa, con el resto de los intervinientes en la tercera sesión de trabajo, con la salvedad, ya apuntada, del señor De Angel).

MODERADOR: Correspondía ahora presentar su comunicación sobre “El poder testatorio” a D. Ricardo Lezón, que lamenta no poder acudir por razones de salud. En su lugar ha mandado unas notas, sin duda sugestivas a tono de su autor, a las que dará lectura el Letrado D. Jesús Oleaga Echeverría, Secretario de la Comisión de Vizcaya de la RSBAP.

D. Jesús de Oleaga: Como acaba de manifestar el señor moderador, ha sido desgraciadamente imposible la presencia entre nosotros de D. Ricardo Lezón, persona de alta competencia en esta materia, en virtud de su preparación jurídica y largo ejercicio como Registrador de la Propiedad entre nosotros durante muchos años. De la carta que —postrado en la cama— me ha dirigido acerca de sus impresiones sobre “El poder testatorio” y que estoy por él autorizado para su lectura en este acto, extraigo las siguientes consideraciones:

«Después de la ponencia de Celaya, el tema ha quedado agotado, nuestro amigo es un monstruo de capacidad de trabajo y sabiduría jurídica. Hay (sin embargo) en la ponencia dos o tres puntos intersantísimos, señalados por Celaya, pero sin desarrollar. Me fijaré sólo en uno, para mí vital: el reducidísimo ámbito territorial del Fuero, vigente en una tierra llana cada vez menos extensa debido a la conurbación, principalmente. El Rvdo. Padre Chalbaud era de los que decía que la comunicación foral podía ser aplicable perfectamente a un matrimonio de villa y era él partidario de la extensión del Fuero a toda la provincia de Bizkaia. Celaya opina lo mismo y creo que ambos tienen razón. Naturalmente, la cosa no es fácil, pero es factible y, sobre todo, urgente y necesaria. Otro de los puntos señalados en la ponencia, es el de la troncalidad a la que Celaya le cortaría las alas con muchísima razón.

Pretender extender el Fuero a las villas sin antes prescindir por completo de su sistema sucesorio y medieval sería un grave obstáculo. La troncalidad tenía, o podía tener, cierta importancia cuando el fuero era una legislación tendente a mantener unida a la familia rural, impidiendo que el caserío se dividiera o fuera a parar a unos extraños; pero, hoy las cosas han cambiado y aquel derecho familiar se ha convertido en derecho social con el que la troncalidad no casa. Por otra parte este sistema ha impedido, e impide, el robustecimiento de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, siendo importante el número de viudas vizcainas que se han quedado en la calle mientras sus cuñados los tronqueros vendían la raíz al mejor postor».

Con posterioridad a este texto, el señor Lezón nos envió otras notas que complementan su pensamiento sobre la materia que estamos considerando y que seguidamente voy a leer también, pues, creo constituyen una autorizada y meritoria aportación a las tareas de esta Jornada; aportación tanto más meritoria cuanto que las circunstancias de nuestro comunicante son más propias para la preocupación personal que para atenciones de otra naturaleza, lo cual muestra su generosidad y amor a este País.

«En orden, igualmente a la modernización del Derecho foral, me parece que debería estudiarse determinadamente la conveniencia de terminar de una vez y para siempre con la duplicidad del régimen de bienes del matrimonio, que la Compilación mantiene, sin duda influenciada por la dichosa troncalidad. Si se pretende extender el Fuero al ámbito de las villas, hay que suprimir la compatibilidad de la comunicación con el régimen de gananciales.

¿Por qué dos comunidades, de tipo romano la una (la llamada "comunicación") y de corte germánico la otra (la "ganancial")? Dos comunidades que además, dan lugar a una situación de pendencias e inse-



Poco tiempo después de celebradas las VI Jornadas que documentamos en la presente obra, falleció en su domicilio de Guecho, don Ricardo Lezón. Oriundo de Galicia, y durante muchos años Registrador de la Propiedad en Marquina, Durango y Bilbao —y posteriormente en Madrid para, luego de jubilado, volver a nuestra tierra donde había formado familia—, fue un gran conocedor de las peculiaridades del Derecho Foral vizcaíno tanto por la experiencia de su quehacer profesional cuanto por su personal disposición afectiva respecto de esta materia. Se manifestó siempre como un vasco más y los textos que recogemos en estas páginas —redactados con esfuerzo y con la conciencia de una muerte inminente—, constituyen el último testimonio de las preocupaciones de don Ricardo Lezón acerca de la legislación foral vizcaína y la calidad de sus juicios sobre el particular.

guridad, tanto en lo que afecta a los cónyuges y sus respectivos herederos, como a los terceros, en las relaciones jurídicas con el consorcio conjugal, sometido, como hoy lo está, a un doble condicionamiento: suspensivo, si quedan hijos, y resolutorio, si no quedan. Es preciso simplificar y dar certidumbre al sistema económico matrimonial, suprimiendo la ganancialidad en beneficio de la “comunicación” o comunidad universal de bienes y que es y ha sido siempre el más arraigado en la conciencia del país e incluso fuera de él, como lo demuestran con diferentes matices las legislaciones más modernas de la Europa occidental (Holanda, por ejemplo).

Un sistema de comunidad matrimonial desde el inicio del matri-

monio, sin la amenaza rescisoria de la falta de descendientes, contribuiría a aclarar y simplificar las cuestiones relativas a la inscripción de las adquisiciones en el Registro de la Propiedad, anotaciones preventivas, actos de disposición de bienes, etc., y a que las Notarías pudieran juzgar con certeza acerca de la capacidad legal de los otorgantes.

Lo dicho anteriormente sobre el poder testatorio puede decirse del mismo después de la Compilación, salvo en lo referente a la batallona cuestión del plazo, pues, anulada la cláusula de prórroga indefinida por los Tribunales, la Compilación vino, en cierto modo, a consagrirla, permitiendo al comitente el señalamiento de su término, sin más tope, insistió en el precepto, que aquel que hiciera ilusorio el derecho de los herederos, o convirtiera al comisario en un déspota (por ejemplo, señalar un plazo de veinte años a un fiduciario mayor de ochenta años). Yo creo, sin embargo, que lo más acertado hubiera sido no establecer plazo alguno, cual sucede en la fiducia conyugal del Derecho navarro, sin perjuicio de que el Juzgado pueda establecerlo a petición de los interesados».

* * *

V

TEXTOS DE
JOSÉ MARÍA SCALA
LÓPEZ DE LA PEÑA



José María Scala López de la Peña (1910-1995)

[1]

«Del Infanzonado y los bienes de la Tierra Llana»

SCALA, J. M.:

En *Urbis*. 1959, núm. 24, págs. 23-55

DEL INFANZONADO Y LOS BIENES RAICES DE LA TIERRA LLANA

CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACION TERRITORIAL DEL FUERO DE VIZCAYA

Por JOSE MARIA SCALA, Abogado
del Ilustre Colegio de Bilbao

El Abogado, en su despacho, recibe a un cliente que le explica su caso: necesita dinero, quiere vender una finca en Durango, y pregunta si sus parientes pueden "salir" a la compra.

El Abogado interroga, a su vez, y de las contestaciones resulta que el consultante es dueño de un caserío con dos pertenecidos, que han quedado "pegando" a un grupo de casas levantadas al ensancharse el pueblo. El caserío y uno de los pertenecidos lo tiene dado en arriendo a un casero. El otro pertenecido lo arrendó a un vecino de la casa contigua, para que plantase unas alubias y unas patatas.

El Abogado consulta el artículo tercero de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, aprobada por la Ley de 30 de julio de 1959; lo piensa, bastante por cierto; y da su respuesta: *los parientes tronqueros pueden ejercer el derecho de preferencia a la adquisición del caserío y el pertenecido arrendados al aldeano.*

No, en cambio, en cuanto al pertenecido arrendado al vecino de la casa contigua.

Como es natural, el consultante se queda bastante asombrado.

Y sospecho que quienes esto leyeren, también lo estarán.

Sin embargo, el Abogado tenía razón.

I.—LA TERRITORIALIDAD EN EL FUERO

“En la casa de Martín Sáez de la Naja, que es fuera de la Noble villa de Bilbao”, el 21 de agosto de 1526, nació el Fuero o colección escrita de leyes que ha venido rigiendo el Derecho civil peculiar de los vizcaínos.

Pero sabido es que el Derecho foral no es el Derecho de toda Vizcaya, sino sólo de la tierra llana.

“Hasta que se fundó la primera villa, dice un autor, no se conocía en Vizcaya más que una sola legislación en materia de Derecho civil; mejor dicho, se regía toda ella por los usos y costumbres, que no se elevaron a derecho escrito y formaron un verdadero cuerpo de leyes hasta el año de 1452, en que se ordenó el Fuero que hoy se conoce con el nombre de Fuero Viejo, para distinguirlo del vigente, que se ordenó el año de 1526.

“Acordada la fundación de una villa, bien de propia iniciativa del Señor de Vizcaya o bien a petición de los habitantes de una parte del Señorío, y siempre con el consentimiento de los vizcaínos todos, estando en la Junta de Guernica, como dice la Ley 11 del Fuero Viejo y 8.^a tit. 1.^o del vigente, se expedía la carta de fundación designando el lugar en que había de emplazarse; se trazaba su circuito y se amurallaba. En la misma carta concedía el Señor a los que fueran a poblarla varias franquezas, exenciones y privilegios para atraer moradores... y les concedía también el Fuero de Logroño, siguiendo desde entonces las mismas vicisitudes, en materia de Derecho civil, que el Derecho llamado común o de Castilla. He aquí, pues, cómo nació la dualidad de legislación en Vizcaya”.

De este modo, la cuestión del ámbito territorial de las leyes del Fuero y del Código civil en el territorio vizcaíno, se ofrecería muy sencilla: el Código en la jurisdicción municipal de las Villas y Ciudad de Ordizia, y el Fuero en el resto de la provincia.

Pero esta simplicidad es engañosa. Porque el Fuero no se preocupó, en ninguna de sus leyes, de determinar la geografía de su vigencia. Y por una serie de complicaciones, derivadas de anexiones de municipios o parte de ellos, por otros; del sometimiento de algunas villas a determinadas leyes forales, al amparo de la llamada Escritura de Unión y Concordia acordada en las Juntas Generales de 11 de septiembre de 1630; de la preexistencia de caserías que fueron censuarias dentro de la jurisdicción de las Villas; e incluso de la observancia continuada; se hacía difícil en ciertos casos señalar con fijeza y exactitud la legislación imperante en determinados puntos, así de villa como de tierra llana.

La necesidad de corregir tal situación, evitando con ello las disputas entre intereses opuestos cuando se suscitaba, más o menos motivadamente, la duda, no podía pasar inadvertida a la hora de compilar las Leyes del

Fuero. Y a ello alude, con expresiva sinceridad, la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de julio de 1959:

“La eficacia funcional del derecho vizcaíno sigue estando gravemente comprometida por lo que, históricamente, ha constituido la debilidad interna del propio sistema: la imprecisión de la base territorial del Fuero, la permanente colisión de los dos régimenes jurídico-civiles coexistentes sobre el territorio.

“Ciertamente, esa falta de adecuación del derecho a su auténtica base territorial, constituye una tara íntima y consustancial del estatuto foral vizcaíno, porque originariamente concentrado el Derecho común en el recinto urbano de las villas no aforadas, el lento proceso de interpolación de lo urbano en el espacio rural circundante provoca una automática colisión del Código y el Fuero, trastornando, permanentemente, tanto la condición objetiva troncal de los bienes raíces como el estatuto personal, sucesorio y económico— matrimonial de los aforados.

“Con mayor fuerza perturbadora ha contribuído a crear esa incertidumbre jurídica un error histórico permanente: el de subordinar el derecho privado a las fluctuaciones topográficas del derecho municipal, desarraigando el Fuero de las zonas rurales conquistadas por la expansión administrativa de las villas no aforadas.

“Problemas son estos ante los que no puede inhibírse el arbitrio legislativo en la coyuntura que le depara la promulgación de la compilación foral, sin riesgo de dejar abandonada la vitalidad institucional del Derecho vizcaíno a un proceso de paulatina desintegración”.

Palabras con las que queda diáfanaamente justificada la inclusión, en el texto legal, del Título Primero, que lleva por epígrafe “De la aplicación territorial del Derecho Civil de Vizcaya” y dentro de éste, más concretamente, de los artículos Primero al Cuarto.

II.—*LA TERRITORIALIDAD EN LOS PROYECTOS DE REFUNDICION DEL FUERO*

Y es leal reconocer que todos los proyectos de refundición del Fuero elaborados; así el de la Comisión Especial de Derecho Foral, como el del Colegio de Abogados de Bilbao, contenían normas de territorialidad. De las que, por cierto, se separan abiertamente las promulgadas en la Compilación.

Los proyectos habían coincidido en adoptar para el establecimiento de los espacios geográficos sujetos al Fuero y al Código civil, respectivamente, un criterio único, de base exclusivamente territorial, determinado por los límites administrativos de los municipios. Según las normas en ellos previstas, anteiglesia y territorio sujeto al fuero eran una sola y misma cosa; las

villas, incluida la de Bilbao, y la ciudad de Orduña quedarían, en toda la extensión de sus términos municipales, regidos por el Código civil. Si bien, como veremos, ciertas villas quedaban excluidas de este régimen.

Este criterio, acogido con carácter absoluto para la tierra llana y, aunque en dirección contraria, para la villa de Bilbao, ha sido rechazado de plano por la Compilación en cuanto a las restantes villas y ciudad.

“Se propuso —dice la Exposición de Motivos de la Ley, justificando la repulsa— la fórmula, recogida en el anteproyecto de la Comisión Provincial, de transportar de un golpe el área del derecho común desde el límite del casco urbano de las villas no aforadas, hasta la línea administrativa que actualmente señala el perímetro de sus respectivos términos municipales. Con este sistema, el derecho Foral ganaría una aparente estabilidad al precio de la más costosa transacción: quedar desarraigado de extensas zonas rurales, en las que, precisamente, se asientan los rasgos más típicos del patrimonio familiar vizcaíno”.

Y con plena conciencia de lo arduo del empeño emprendido, agrega: “Aun cuando resulta evidente la imposibilidad de obtener, mediante una fórmula de valor absoluto y constante en el tiempo y en el espacio, la adecuación entre el derecho vizcaíno y su base territorial, la Ley, de acuerdo con el dictamen de la Comisión de Codificación, pensando en que la conexión del derecho con su base territorial es la suprema razón de ser de este ordenamiento jurídico, aborda la solución de eliminar los conflictos jurisdiccionales que llenan de incomodidad la práctica jurídica del país”.

III.—*LAS VILLAS*

Hemos podido ver que la Exposición de Motivos, al razonar sobre el ámbito geográfico del Fuenro y del Código civil, se refiere, con cuidadosa expresión, a las villas no aforadas, y no menciona para nada las anteiglesias, pese a la tentación que para sus redactores habrá supuesto, sin duda, contraponer villas y anteiglesias.

Creemos que esto responde al deseo de evitar toda posible confusión nacida de que, contra lo que muchos creen, ni todos los municipios vizcaínos con categoría de Villa se regían por el Código civil, ni todo el territorio sujeto a la legislación común, lo era, a la vez, de Villa.

Baste como ejemplo la villa de Guerricáiz, en cuyo término municipal se ha venido observando exclusivamente el Fuenro. Si bien debemos advertir que Guerricáiz pasó a ser anteiglesia al fusionarse con la de Arbácegui, por Acuerdo de la Diputación Provincial de Vizcaya, de 28 de noviembre de 1882. Y la Villa de Munguía, de mayor complicación histórica y legislativa.

También es posible que, al hablar de villas no aforadas, se haya tratado

de impedir que cambie de legislación un municipio que en el futuro pase de la categoría de anteiglesia a la de Villa.

En esta materia, la Compilación ha cortado por lo sano. Hace caso aparte de la Villa de Bilbao y, en cuanto a las demás, no se sujeta con rigor a la categoría o dignidad honorífica del municipio, sino que atiende a que la villa haya observado o no el Código.

A este respecto, ha de hacerse una observación: Tanto el Proyecto de Apéndice preparado por la Comisión Especial de Derecho Foral de Vizcaya y Alava, fechado el 10 de febrero de 1900, como el que redactó, en 1928, el Colegio de Abogados de Bilbao, enumeraban los municipios sujetos al Código civil, en la siguiente forma coincidente: "los trece términos formados por la villas de Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda y por la ciudad de Orduña".

El artículo Segundo de la Compilación lo hace así: "las doce villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, la ciudad de Orduña y todo el término municipal de Bilbao".

Como se ve, la colección foral vigente no ha extraído de la enumeración a ningún Ayuntamiento. Y por el contrario, ha declarado sujeto al Código el municipio de Guernica y Luno, que no mereció consideración de los aludidos Proyectos, a pesar de que los foralistas reconocían que Guernica se venía rigiendo por el Código en la parte comprendida en su casco.

Coincidían los dos proyectos, y les sigue la Compilación, en excluir del régimen legislativo establecido para las villas a las de Villaro y Elorrio, en las que no concurren las circunstancias que ofrecen las antes citadas de Guerricáiz y Munguía, aunque sí la especialidad de seguir, por lo menos en cierta medida, las reglas sucesorias del Fueno de Vizcaya.

Nosotros, al citar a las Villas, nos referiremos siempre a las 12 enumeradas en la Compilación, y damos el nombre de anteiglesias a los restantes municipios de la Provincia, salvo Bilbao y Orduña.

IV.—LOS CRITERIOS DE TERRITORIALIDAD

Para determinar el ámbito geográfico de vigencia del Código civil y del Fueno, atiende la Compilación a criterios diversos de muy dispar índole.

Territorio

I. Criterio territorial, referido a los términos municipales, al que se atiende para sujetar:

al Fueno, el territorio actual del término municipal de las localidades distintas a Bilbao, 12 Villas y Ciudad de Orduña.

al Código civil, el territorio actual del término municipal de Bilbao.
al Código civil y al Fuero, en régimen de coexistencia, el territorio actual del término municipal de las 12 villas y la Ciudad de Orduña.

Con arreglo a este criterio se puede hablar de municipio de Derecho común, municipios de Derecho foral, y municipios en que coexisten ambos Derechos.

El criterio territorial es el único atendible en Bilbao y en las anteiglesias.

Situación

2. Criterio de situación dentro del término municipal de las 12 Villas y Ciudad de Orduña, referido a los sectores urbano y rural, al que se atiende para sujetar:

al Código civil, la extensión incluida en el perímetro que en cada momento tenga el núcleo urbano.

al Código civil, la extensión fuera del perímetro que en cualquier momento tenga el núcleo urbano, afectada por planes de urbanización oficialmente aprobados.

al Código civil, en unos casos, y al Fuero, en otros casos, las tierras y heredades fuera del perímetro que en cualquier momento tenga el núcleo urbano, no afectadas por planes de urbanización oficialmente aprobados, e inmediatamente contiguos al núcleo.

al Código civil y al Fuero, en régimen de coexistencia, las fincas del sector rural no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, y sin contigüidad inmediata al núcleo urbano.

Con arreglo a este criterio, se puede hablar de sectores de Derecho común, y sectores en que coexisten el Derecho foral y el común.

Este criterio es atendible únicamente en las 12 Villas y Ciudad de Orduña, y el único atendible en el perímetro del núcleo urbano y zonas fuera del mismo afectadas por planes de urbanización oficialmente aprobados.

Dependencia

3. Criterio de dependencia, referido a la relación con un caserío, al que se atiende para sujetar:

al Fuero, en unos casos, y al Código civil, en otros, las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano, no afectadas por planes de urbanización oficialmente aprobados, y que constituyen pertenecido de algún caserío.

al Código civil, las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano, no afectadas por planes de urbanización oficialmente aprobados, y que no constituyan pertenecido de algún caserío.

al Fuero, en unos casos, y al Código civil en otros casos, las fincas,

edificadas o no, del sector rústico no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, y sin contigüidad inmediata al núcleo urbano, que constituyan pertenecido de algún caserío.

al Código civil las fincas, edificadas o no, del sector rústico no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, y sin contigüidad inmediata al núcleo urbano, que no constituyan pertenecido de algún caserío.

El criterio de dependencia es atendible únicamente en el sector rústico no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, de las 12 Villas y Ciudad de Orduña, y el único atendible para las fincas que no constituyan pertenecido de algún caserío.

Destino

4. Criterio de destino, referido a la utilización, al que se atiende para sujetar:

al Fuero, las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano, no afectadas por planes de urbanización oficialmente aprobados, que constituyan pertenecidos de algún caserío, y que respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo.

al Código civil, las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano, no afectadas por planes de urbanización oficialmente aprobados, que constituyan pertenecidos de algún caserío, y que no respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo.

al Fuero, las fincas, edificadas o no, del sector rústico no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, y sin contigüidad inmediata al núcleo urbano, que constituyan pertenecido de algún caserío, destinadas a usos o actividades meramente agrícolas.

al Código civil las fincas, edificadas o no, del sector rústico no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, sin contigüidad inmediata al núcleo urbano, y constituyendo pertenecido de algún caserío, y que estén destinadas a una explotación industrial o a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas.

El criterio de destino es atendible únicamente respecto a las fincas que constituyen pertenecido de algún caserío, dentro del sector rústico no afectado por planes de urbanización oficialmente aprobados, de las 12 Villas y Ciudad de Orduña.

V.—LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS CRITERIOS

La Exposición de Motivos de la Compilación se cuida de señalar los principios a que esta multiplicidad de criterios responde, desarrollados “mediante un sistema de normas correctivas que empiezan por extender la ju-

risidicción del Código civil a todo el perímetro actual de las concentraciones urbanas de las villas no aforadas: deja después preparada la expansión automática del derecho común al ritmo del desarrollo orgánico de aquéllas, y, al llegar al área donde lo rural y lo urbano interfieren y Código y Fuero entran en colisión, sienta una doble presunción encaminada a polarizar ambas jurisdicciones en torno a sus auténticas bases territoriales, centrándolo y acotando el Derecho Foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos. Con ello —continúa— se sirve con fidelidad la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones, principalmente en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno”.

Y en cuanto a Bilbao, nos dice que “todo el término de la capital es urbano en el sentido técnico de la palabra, y lo que no lo es, ha perdido la esencia de su ruralidad y está impregnado de urbanismo por su inmediación o su inminente destino”. En todo el término ha desaparecido, pues, la razón de ser del Fuero.

“Cabe, pues, declarar, excepcionalmente, de Derecho común todo el término municipal de Bilbao”.

VI.—CUADRO SINOPTICO DE LA TERRITORIALIDAD

Los distintos supuestos producidos por las normas de la Compilación relativas a la territorialidad de las legislaciones civiles pueden sistematizarse así:

I. Terreno en el actual término municipal que no sea Bilbao, las 12 Villas y Orduña = Fuero.

II. Terreno en el actual término municipal de Bilbao = Código civil.

III. Terreno en el actual término municipal de una de las 12 Villas y Ciudad de Orduña:

III'. Terreno incluido, en cualquier momento, en el perímetro del núcleo urbano = Código civil.

III". Terreno fuera, en cualquier momento, del perímetro del núcleo urbano:

A) Afectado por plan de urbanización oficialmente aprobado = Código civil.

B) No afectado por plan de urbanización oficialmente aprobado:

1 Inmediatamente contiguo al núcleo urbano (heredades y tierras).

1' No pertenecido de caserío = Código civil.

1" Pertenecido de caserío:

a) Responde a la unidad de explotación agrícola del mismo = Fuero.

b) No responde a la unidad de explotación agrícola del mismo = Código civil.

2. Sin contigüidad inmediata al núcleo urbano (edificado o no):
 - 2' No pertenecido de caserío = Código civil.
 - 2" Pertenecido de caserío:
 - a) Destinado a actividad meramente agrícola = Fuero.
 - b) Destinado a uso o actividad distintos de la meramente agrícola = Código civil.
 - c) Destinado a explotación industrial = Código civil.

Estos son, uno por uno, los casos que hemos encontrado al analizar los artículos primero al cuarto de la Compilación. Lo que no nos atrevemos a afirmar es que con mayor sagacidad o con más aguzado sentido jurídico no sea posible descubrir otros, que, desde luego, vendrían a complicar aún más la ya delicada discriminación de los respectivos ámbitos territoriales del Fuero y del Código civil dentro del espacio administrativo de la Provincia de Vizcaya.

Y no deja de ser curioso que la Compilación haya prescindido de contemplar un supuesto que, no por desapercibido o por abandonado, deja de ser posible.

Las normas territoriales del Fuero prevén las modificaciones que el flujo y reflujo demográfico pueden introducir en las zonas rural y urbana de un municipio. No descuidan tampoco, con mirada de mayor alcance, las alteraciones de los territorios municipales por agregaciones, fusiones e incluso por creación de nuevas entidades administrativas: que todo ello cabe en la advertencia, contenida en el artículo cuarto, de que "las modificaciones administrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el derecho civil aplicable a los territorios afectados".

Precepto que, por cierto, desconoce, suponemos que con plena advertencia, lo que dispone el Reglamento de Población y Demarcación Territorial, de 17 de mayo de 1952, pues en su artículo 16, al establecer los requisitos que han de concurrir para llevar a cabo la incorporación o la fusión voluntaria de uno o más municipios a otro u otros límitrofes, dispone: "2. En ningún caso se podrá mantener un régimen en el que partes o porciones del nuevo Municipio gocen de situación jurídica o fiscal distinta de la del resto del territorio municipal".

Pero la Compilación no contiene norma que regule el evento de que una porción del territorio administrativo que compone la actual provincia de Vizcaya, sea extraída de ella y pase a formar parte de otra.

Como es natural, el Poder que disponga el trastruque administrativo decidirá también las consecuencias que en el orden civil haya de producir. Y es muy posible que se haya querido dejar al arbitrio del Estado la omnímoda y libérrima apreciación de las circunstancias que, llegada la oportunidad, aconsejen una u otra de las soluciones adoptables.

Exactamente lo mismo podría decirse del caso contrario; esto es, de la

integración en la provincia vizcaína de un trozo de territorio perteneciente a cualquiera de las de régimen civil común. Aunque no debe desconocerse que, en tal supuesto, no habría razones históricas que apoyasen la simultaneidad del cambio de régimen civil con el paso de una a otra jurisdicción administrativa. Aparte de que esta agregación está prohibida por el artículo 75 del Reglamento de 17 de mayo de 1952.

Párece que de la misma Compilación puede deducirse el criterio de que los cambios en los límites provinciales deben ser indiferentes para el régimen civil del territorio afectado, pues su artículo segundo refiere el Infanzonado a "todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya".

Claro que "actual" tanto puede significar que se prescinde de los límites que en épocas anteriores tuvo, como que no se tendrán en cuenta las alteraciones territoriales futuras, como ambas cosas a la vez.

La sistematización de los criterios de territorialidad nos hace preguntarnos si no hubiera sido posible obtener mayor simplificación empleando un mismo enunciado para el caso de las tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano de las Villas, y el de las fincas del sector rural. Porque del párrafo segundo del artículo tercero resulta que quedan sujetas al Código las tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano que no constituyan pertenecido de un caserío, y las que, aun constituyéndolo, no respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo. Y, según el apartado a) del párrafo tercero del mismo artículo, están sujetas al Código las fincas que no constituyan pertenecido de un caserío, y las que, aun constituyéndolo, estén destinadas a una explotación industrial o a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas.

Se comprende, por lo que respecta a las tierras y heredades contiguas al núcleo urbano, la omisión de referencia a las explotaciones industriales y a los usos o actividades distintas de las meramente agrícolas; porque el concepto de tierras y heredades no se compadece, como veremos más adelante, con la idea de edificación, ni con tales dedicaciones. Pero no vemos inconveniente para que, en orden a las fincas del ambiente rural, las sujetas al Código hubieran quedado señaladas como las que no constituyen pertenecido de caserío, o no responden a la unidad de explotación agrícola del mismo. Enunciado en el que quedan comprendidas las explotaciones industriales y los usos y actividades distintas de las meramente agrícolas.

Nos parece probable que, en la práctica, una y otra cosa se tomen como equivalentes.

VII.—*EL TERMINO MUNICIPAL*

El criterio de discriminación legislativa referido a los términos municipales responde a una mecánica de estabilidad, puesto que, como hemos visto, el derecho civil aplicable a uno u otro municipio no experimentará alteración por las modificaciones administrativas en los límites de los respectivos términos municipales. Con lo que queda “bloqueado”, desde la entrada en vigor de la Compilación, el régimen que para cada Ayuntamiento se establece en la misma. Y por eso, al sistematizar las normas, nos hemos referido a los terrenos en “el actual” término municipal; porque, en todo momento, para saber si una determinada finca se rige por el Derecho foral o por el común, se habrá de comenzar por averiguar si en la fecha en que comienza a regir la Compilación, dicha finca pertenecía a la jurisdicción administrativa de Bilbao, a la de una de las 12 Villas o Ciudad, o a la de un Ayuntamiento de tierra llana, prescindiendo del término municipal al que haya pasado por agregación o fusión, y del que, por consiguiente, forme parte al plantearse la duda. Por eso, quizá no estaría de más, sobre todo en algunos municipios, que a la promulgación de esta Ley siguiese un deslinde general de su jurisdicción, único modo de conseguir que el criterio pueda ser aplicado en el futuro con las debidas garantías de certeza y seguridad.

En cambio, el criterio que atiende a la situación de las fincas dentro del territorio de las 12 Villas y Ciudad está presidido por la idea de elasticidad, y prevé la esencial variabilidad del régimen civil para una misma finca.

VIII.—*LOS PLANES DE URBANIZACION*

Así ocurre para los espacios de terreno sitos en el sector rural de la Villa o Ciudad; más exactamente para los no comprendidos en el perímetro de sus respectivos núcleos urbanos; que hayan quedado “afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo”.

En lo que ha de notarse que el párrafo tercero, apartado b) del artículo tercero ha querido, y lo ha conseguido, expresar la norma con la máxima precisión, y así será vana la duda acerca de si el precepto exige que el espacio en que la finca está sita haya sido urbanizado, o siquiera que se hayan iniciado los trabajos de urbanización. Por lo que entendemos que para nada entra en juego el apartado segundo del artículo 499 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, que considera vías urbanizadas “aquellas que tengan todos los servicios municipales o, por lo menos, los de alumbrado, encintado de aceras o afirmado”.

Basta que el plan de urbanización en que el terreno haya quedado comprendido, esté aprobado oficialmente.

Esto ya exige consideración un tanto detenida.

Si acudimos, puesto que de planes de urbanización se trata, al Reglamento de Obras y Servicios Municipales, aprobado por Real Decreto de 14 de julio de 1924, encontramos en su artículo segundo que las obras municipales se clasifican en cuatro grupos:

- a) De ensanche y extensión;
- b) De mejora interior de poblaciones;
- c) De saneamiento y urbanización parcial;
- d) Municipales ordinarias.

Y según el artículo 129 de la vigente Ley Municipal, las obras municipales podrán ser de urbanización o municipales ordinarias. Y “las primeras se clasifican en los grupos siguientes:

- a) De reforma interior de poblaciones;
- b) De ensanche;
- c) De extensión;
- d) De saneamiento”.

Es evidente que los proyectos de obras municipales ordinarias, aun después de aprobados, no son tenidos en cuenta por la Compilación, y que no pueden producir consecuencia alguna en orden al régimen civil de las fincas.

Los planes a que se refiere el artículo tercero serán, si hemos de atenernos al concepto empleado, los de obras mencionados en el artículo 130 de la Ley Municipal; esto es, de ensanche, o que hayan de realizarse conforme a proyectos acogidos a la Ley de 26 de julio de 1892 o sus complementarios; de extensión, que son los que tengan como finalidad urbanizar zonas situadas entre los límites del casco de población o, en su caso, del ensanche ya aprobado, y los del término municipal; y de saneamiento, que son las que se realicen para mejorar las condiciones higiénicas de la población o de algún sector importante de ella, ya se efectúen en el suelo, ya en el subsuelo.

Si bien nuestra particular opinión rechaza que estos planes de obras de saneamiento puedan, por sí solos, normalmente, servir de base para que se consideren sujetas al régimen del Código civil las fincas a las que afecten.

Y ¿cuándo se entenderá que un plan de urbanización ha sido oficialmente aprobado? Suponemos que cuando quede cumplido lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Municipal: “1. Los proyectos, después de ser aprobados por el Ayuntamiento, necesitarán la aprobación de la Comisión provincial de Servicios Técnicos o de la Central de Urbanismo, según se trate, respectivamente, de Municipios de población inferior o superior a cincuenta mil habitantes”.

Actualmente, el organismo encargado de la aprobación definitiva de

los Planes es, según los casos, el Consejo Nacional de Urbanismo, la Comisión Central y las Comisiones Provinciales de Urbanismo; artículos 5 y 32 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956. Cuyos acuerdos aprobatorios se publicarán en el Boletín Oficial del Estado o en el de la Provincia, conforme lo dispone el artículo 35 de la citada Ley.

También puede darse por seguro que la Compilación se refiere, no sólo al Plan general de urbanización que debe formar todo Ayuntamiento, según el artículo 133 de la Ley Municipal, sino también a cualquier otro, aunque se refiera a una parte nada más, más o menos extensa, de su territorio, y a los que se refiere el párrafo tercero del artículo 6 de la Ley de 12 de mayo de 1956.

Y claro está; ha de ser indiferente que se trate de un Plan de iniciativa estrictamente municipal, o que sea formulado por un particular, al amparo del artículo 40 de la misma Ley sobre Régimen del Suelo, si merece la aprobación de los Organismos a que antes nos hemos referido.

Ni puede ofrecer duda que si, al revisar un Plan oficialmente aprobado, queda alguna finca desafectada de la urbanización, tal circunstancia determinará un nuevo cambio de régimen civil: esta vez, del Código al Fuero.

IX.—*EL NUCLEO URBANO*

A la misma idea de elasticidad responde el criterio de someter al Código civil “todo el territorio incluido en el perímetro actual o futuro de sus respectivos núcleos urbanos”; de las 12 Villas y Ciudad.

El Código avanzará o se retirará con la misma progresión o retroceso que el núcleo urbano experimente. Lo que plantea la delicada cuestión de quién tiene atribuciones para señalar, en cada momento, la línea perimetral.

Por tratarse de dilucidar un extremo de hecho que ha de producir efectos en materia eminentemente civil y de índole privada, parece que decidir acerca de si una finca está dentro o fuera del perímetro del núcleo urbano ha de quedar reservado al Juez, quien resolverá, con libertad de apreciación, por el juicio que forme sobre los elementos de prueba que le aporten los litigantes.

Como antecedente valioso podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1927, en la que resolviendo sobre si un vecino de Bilbao, habitante en un barrio agregado de la anteiglesia de Abando, era o no aforado, afirma que determinar “si el territorio era o no tierra llana, donde regía el Fuero, es una cuestión de hecho de importancia suma, cuya apreciación compete al Tribunal”. Y, en otro Considerando, reitera “que no rigiendo, en verdad, el Fuero vizcaíno en todo

el territorio de su provincia, el fijar si el lugar es o no tierra llana es un punto de hecho”.

Por lo que valiere, recordaremos que a los efectos de calificar a un terreno como solar sin edificar, el párrafo 1 del artículo 499 de la Ley Municipal considera como tales a “los terrenos edificables... enclavados dentro de la línea perimetral del casco de las poblaciones, según el plano levantado por el Instituto Geográfico, que ha de servir de base a los trabajos de avance catastral”.

También pueden ofrecer algún interés varias disposiciones de la Ley sobre Régimen del Suelo. Así su artículo noveno previene que los Planes generales de ordenación urbana contendrán, entre otras determinaciones, la siguiente: “e) Delimitación del perímetro urbano, para la aplicación, fuera del mismo, de las normas sobre edificación en el suelo rústico”; el artículo 9.º, que divide los Planes en de reforma interior: los concernientes al casco urbano. Aclarando: “El casco comprenderá los sectores urbanizados a medida que la construcción ocupe dos terceras partes de la superficie edificable en cada polígono”; el 62: “El territorio de los Municipios en que existiere Plan de ordenación, se clasificará en suelo urbano, de reserva urbana y rústico”. 63. “1. Constituirán el suelo urbano estos terrenos:

a) Los comprendidos en el perímetro que defina el caso de la población, conforme al artículo 12”: ya hemos visto que el casco urbano comprende los sectores urbanizados a medida que la construcción ocupa dos terceras partes de la superficie edificable en cada polígono.

El 66: “1. En las poblaciones que carecieren de Plan de ordenación, el territorio se clasificará en suelo urbano y rústico.

2. Constituirán el suelo urbano los terrenos comprendidos en un perímetro edificado al menos en el 20 por 100 de su extensión superficial”.

No nos extrañaría nada que la Compilación haya rehuído hablar de casco y empleado la expresión de núcleo urbano, precisamente para evitar la idea de que el núcleo urbano ha de determinarse de modo necesario con arreglo a las normas de índole administrativa que quedan transcritas, o a otras que puedan existir y que no hemos sabido encontrar en la Ley de Ensanche, de 26 de julio de 1892 y su Reglamento de 31 de mayo de 1893, la de 18 de marzo de 1895 y su Reglamento de 15 de diciembre de 1896, ni en el Reglamento de 14 de julio de 1924, cuyo artículo 19 nos dice que el casco de las ciudades “se supondrá limitado por el perímetro interior de los ensanches, y de no existir éstos, por el exterior de la zona urbanizada”; ni en el Reglamento de Bienes Municipales, de 27 de mayo de 1955, ni en la Instrucción para los Trabajos de Catastro Urbano aprobada por Real Orden de 29 de agosto de 1920, de cuyo artículo 20 se tomó, por cierto, el texto del párrafo 1 del artículo 499 de la Ley Municipal que antes hemos

transcrito, ni en el Decreto de 15 de septiembre de 1932, también sobre Catastro Urbano.

En la esfera de las leyes civiles, encontramos el artículo 2.^º-2-1.^º del Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, que tras negar el carácter de finca rústica a “los solares edificables que estén enclavados total o parcialmente dentro de un núcleo urbano o en las zonas de ensanche o extensión del núcleo que estén afectadas por planes de ordenación aprobados legalmente”; se preocupa de dar una definición precisa del concepto de núcleo urbano, y lo hace en los siguientes términos: “A estos efectos se entenderá por núcleo urbano la agrupación de casas separadas por calles, paseos, plazas o cualquiera otra vía pública”. Definición que, por cierto, no figuraba en el artículo 2.^º de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 15 de marzo de 1935, que es el antecedente directo del que hemos transcrito.

En una palabra; que no resulta fácil definir con la precisión conveniente lo que ha de entenderse por núcleo urbano a los efectos de la Compilación. Y buena prueba de ello nos la ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1956, que confirma la dictada por el Juzgado de Durango decidiendo que una determinada finca se halla emplazada en los límites de la Villa de Elorrio propiamente dicha, “sirviéndole para formar su firme convicción en tal sentido —dice el Supremo— tanto la prueba documental, como la pericial, la de inspección ocular y la testifical”.

Mucho nos tememos que a no menor acopio de pruebas haya de acudirse en bastantes ocasiones en las que se discuta si una finca se halla enclavada dentro o fuera del perímetro del núcleo urbano de las 12 Villas y Ciudad de Orduña. Todo lo creemos preferible a que una simple certificación de un Alcalde sobre el límite o superficie del núcleo urbano, vincule al Juez sobre el régimen civil aplicable.

No vemos inconveniente en admitir que una Villa conste de varios núcleos urbanos separados entre sí por soluciones de continuidad. El supuesto encaja perfectamente en la definición que da el Reglamento de arriendos rústicos. En tal caso, todos los núcleos se regirán por el Código civil.

No queremos escamotear una cuestión que quizás pueda suscitarse respecto al núcleo urbano.

La alusión de la ley a su perímetro actual o futuro, ha sido tomada por nosotros en sentido de que es villa el espacio comprendido en el perímetro que el núcleo tiene en la fecha de entrar en vigor la Ley, o en el perímetro, mayor o menor que el actual, que sea apreciable en la oportunidad concreta de que se trate. Para ello nos hemos fijado en que ese es el sentido directo de la expresión “actual o futuro”: el perímetro que tenga hoy el núcleo, o el perímetro que tenga mañana, sea el que sea. En que el precepto no condiciona, delimita o restringe el adjetivo futuro, como hubiera

podido hacerlo anteponiéndole el adverbio “mayor” u otra locución equivalente. En el contraste que ofrece con la referencia, en el artículo segundo, a la “actual” provincia de Vizcaya. En la ausencia de una norma referida al núcleo urbano de las villas, análoga a la del artículo cuarto para las alteraciones administrativas en los límites de los términos municipales. En que así se sigue la directriz de evitar el error histórico —son palabras de la Exposición de Motivos— que se ha cometido desarraigando el Fuero de las zonas rurales. Porque si entrar a formar parte del núcleo urbano justifica el pase del ámbito territorial del Fuero al del Código civil, la salida debe suponer, por motivo y razón de sentido contrario, pero del mismo orden que el anterior, la exclusión del Derecho común y la sujeción al Foral.

Pero, puestos a utilizar —y hay que ver cómo se utiliza en estas materias cuando se plantean en el Juzgado!—; puestos a utilizar, cualquiera puede advertir que la misma Exposición de Motivos, justificando o explicando al menos, la regla sobre el núcleo, desliza lo siguiente: “A ello responde el título primero de la Compilación, mediante un sistema de normas correctivas que empiezan por extender la jurisdicción del Código civil a todo el perímetro actual de las concentraciones urbanas de las villas no aforadas; deja después, preparada la expansión automática del derecho común al ritmo del desarrollo orgánico de aquéllas...”.

“Extender la jurisdicción a todo el perímetro actual... deja preparada la expansión automática del derecho común al ritmo del desarrollo orgánico...” ¿Es que la Exposición de Motivos cree imposible el hecho posibílissimo del empequeñecimiento de un núcleo urbano? ¿Es que no admite la retracción automática, en caso de que ello ocurra, del derecho común?

A lo que puede agregarse la consideración de esta diferencia: Para el espacio del núcleo urbano, afirma con carácter absoluto, directo e incondicionado, su calidad de villa. Para el espacio afectado por un Plan de urbanización, se limita a establecer la presunción de anexidad al núcleo.

El motivo de esto último parece fácil de averiguar. Suponemos que ello se debe a que este espacio afectado por un Plan está impregnado de anexidad en tanto en cuanto se halla afectado por el Plan. De tal modo que en el momento en que queda excluido del campo de su acción, pierde la cualidad de anexo del núcleo urbano.

Luego, si respecto al espacio del núcleo urbano se afirma su condición de villa, y no se le hace materia de presunción, ¿no será esto debido a que la integración de una superficie en el núcleo determina definitivamente para el mismo la cualidad de villa, de suerte que el terreno incluido en el perímetro actual o en el más amplio que en cualquier momento pueda tener el núcleo urbano, será siempre villa, aunque el perímetro se retraiga y el núcleo se reduzca, dejándolo fuera?

Se dirá que esta disquisición carece de transcendencia práctica, porque

el hecho de salir del núcleo urbano no comporta, por sí solo y necesariamente, para un terreno, la sujeción al Fuero. Y esto último es cierto. Pero si se sigue la segunda opinión, el terreno cedido por el núcleo urbano seguirá rigiéndose en todo caso por el Derecho común. Y si se interpreta la expresión “actual o futuro” como lo hemos hecho, bastará que el terreno sea agregado a un caserío como pertenecido y se le integre en su unidad de explotación agrícola, para que entre bajo el régimen de la Compilación.

X.—LA CONTIGÜIDAD AL NUCLEO URBANO

Igualmente está presidida por la elasticidad la norma que somete al régimen del Código civil las tierras y heredades inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las 12 Villas y Ciudad.

Claro que, respecto a ellas, se plantea, en primer término, el problema de fijar el perímetro del núcleo urbano en cada momento. Pues al extenderse y contraerse el perímetro, se dilata y reduce el cinturón de fincas inmediatamente contiguas.

La contigüidad que la Compilación exige no puede ser entendida sino en sentido absolutamente material, sin que nada pueda suplir ese hecho físico de que la finca y el núcleo urbano tengan algún punto de contacto por pequeño que sea. Por lo tanto, para que se dé la contigüidad inmediata será necesario y suficiente que la línea perimetral del núcleo urbano sirva de lindero de la finca, en longitud que podrá ser mayor o menor, por uno cualquiera de los lados del polígono del inmueble. El adverbio incorporado al adjetivo demuestra que no basta la proximidad al núcleo urbano, por mucha que sea, sino que ha de haber verdadero y real contacto. Toda extensión de la contigüidad inmediata a fincas que no la tengan materialmente, violará flagrantemente la Compilación: no sólo en su letra, sino en su espíritu y sentido.

El precepto no ha adoptado el criterio de la Ley de Reforma Agraria, de 15 de septiembre de 1932, que incluía entre las fincas expropiables “las situadas a distancias menor de dos kilómetros del cerco de los pueblos de menos de 25.000 habitantes de derecho...”; base 5.^a, n.^o 10.^o. Ni el del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, recogido por el Reglamento aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, cuyo artículo segundo niega el carácter de rústicas a las tierras, dentro o fuera de las zonas y planes de ensanche de las poblaciones, cuando por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos y playas “tengan un valor en venta que duplique, por lo menos, el precio normal que en el mercado inmobiliario corresponde a las de su misma calidad y cultivo”. A lo que agrega que “El concepto de proximidad se apreciará en caso de duda discrecionalmente por los Juzgados y Tribunales”.

Insistimos en que para la apreciación de la inmediata contigüidad, toda discrecionalidad está vedada.

Natural es que llame la atención el enunciado de la norma relativa a las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano. Pues, al referirse al núcleo, la Compilación sienta la afirmación rotunda de que en la denominación de villa se comprende el territorio incluido en el perímetro del núcleo urbano; lo que impide discutir, bajo ningún concepto, el imperio del Código civil sobre la superficie comprendida por dicho perímetro. En cambio, para las fincas inmediatamente contiguas, se presume su anexidad al núcleo, lo que determina la sujeción al Código.

El carácter y valor de la presunción resulta claro. Se presumen anexas al núcleo, sencillamente porque la inmediata contigüidad no impone necesariamente la anexidad.

La presunción no es, con toda evidencia *juris et de jure*. Pero la presunción legal no puede ser combatida libremente, sino sólo en función de dos circunstancias. De manera que la tierra o heredad inmediatamente contigua al núcleo urbano se tendrá, en principio, por anexa al núcleo, a menos que se pruebe que es pertenecido de un caserío y que responde a la unidad de explotación agrícola del mismo.

Cualquier otra circunstancia que pueda alegarse y probarse carecerá de eficacia para llevar a la tierra o heredad al ámbito de vigencia del Fuen-

XI.—DEL TERRITORIO A LA HUERTA

Hasta aquí nos han ocupado criterios genéricos, en los que se parte de un ámbito al que se atribuye un determinado régimen civil, y, por ello, para aplicarlos, basta delimitar el ámbito, y luego comprobar si la finca en cuestión se halla comprendida en él. Así tenemos los términos municipales de derecho común y los de derecho foral; los sectores urbanos, de derecho común y los rurales, de derecho foral; las zonas afectadas por Plan de urbanización, de derecho común; el cinturón del núcleo urbano, de derecho común. Para los dos últimos determinantes: la dependencia y el destino; los respectivos criterios se concretan, se particularizan, se minimizan, hasta resultar plenamente coincidentes con la individualidad de cada finca. Del territorio, más o menos amplio, más o menos nítidamente delimitado, hemos de pasar a tomar en consideración la finca, cada finca; ésta precisamente y no las demás de igual ubicación. No importa dónde está, sino qué es y para qué sirve. Y como la unidad finca resulta demasiado comprensiva y es descomponible, la atomización del criterio llega a más y ya llega a referirse: a esta parcela, esa edificación, aquel solar, tal pieza o cual huerta.

Esto, ha de decirse sin ambages, constituye entera novedad, una iniciativa absolutamente original de la Compilación, que no ha podido reco-

gerla del Fuero ni de ninguno de los dos Proyectos elaborados y nómados, ni de la proposición de Ley que, como diputado por Burgos, presentó a las Cortes D. Antonio de Arteche en 1912.

Tampoco ha podido recibir estos dos criterios de lo que ha venido observándose en la práctica. Y tampoco es fácil encontrarlos en su exacta formulación entre las opiniones de los escritores que han estudiado el Fuero. Algunos ni siquiera abordan el problema de la territorialidad, como Lecanda en su "Memoria sobre instituciones civiles de Vizcaya", dirigida a la Comisión General de Codificación, en la que se limita a decir que "el Fuero de Vizcaya rige en el infanzonado o tierra llana, en las encartaciones y algunas villas de escasa importancia"; como Madariaga, en su conferencia sobre "El Derecho Foral en relación con la organización familiar"; como don Darío de Areitio, en su "Introducción" al Fuero editado por la Diputación de Vizcaya.

Angulo Laguna, en su "Derecho Privado de Vizcaya", parece que se aferra al criterio histórico, al decir que en las normas del Proyecto de Apéndice elaborado por la Comisión de Codificación "se desconocen los motivos del Fuero, puesto que esa afirmación lleva consigo la consecuencia de que partes de ciertos términos municipales, cuyos Ayuntamientos son villas, y que, sin embargo, están sometidas al Fuero actualmente, como por ejemplo el barrio de Barinaga, en Marquina, han de ver cambiado, de pronto, su régimen civil sin motivo que lo justifique".

Jado, en su "Derecho Civil de Vizcaya", no se atreve a optar por una fórmula concreta, pues según él, "aunque también, a nuestro entender, la dualidad de legislación dentro de un término municipal tal como se presenta en las villas de Vizcaya, tiene grandes inconvenientes, no dejamos de reconocer la fuerza de las observaciones hechas por el Sr. Angulo en contra de lo dispuesto sobre el particular por el Proyecto de Apéndice".

Hormaeche, en sus "Leyes Civiles de Vizcaya", propugna por que las Villas "vinieran a regirse por la legislación de Vizcaya, sin más excepción que la de Bilbao y la de alguna otra villa importante donde predomine la riqueza mueble y urbana".

Carlos de la Plaza, tajantemente, pide que se sustituya "la indecisión que existe, con reglas y preceptos claros y terminantes que destruyan las vacilaciones que hoy tenemos y no den lugar a ellas el día de mañana, lo cual se conseguiría, pues que camino estamos de reformas, con la de que en cada término municipal no haya más que una sola ley civil aplicada íntegramente en toda la jurisdicción de aquél"; "Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo Civil".

Para Uriarte Lebario; "El Fuero de Ayala"; la solución sería sujetar al Fuero la zona sin urbanizar, tanto de villas como de anteiglesias, y al Código Civil el territorio urbanizado.

En sus “Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya”, D. José de Solano se adhiere incondicionalmente a la opinión del más profundo, agudo y macizo conocedor de la historia y de las Instituciones todas de Vizcaya, D. Gregorio de Balparda, quien, en su Informe elevado al Colegio de Abogados de Vizcaya, publicado bajo el título de “El Fuero y el Caserío”, tras rechazar cualquier “delimitación geográfica para la aplicación del Fuero desconociendo y desvirtuando su propio y natural sentido de ley del caserío, independientemente de que éste se halle enclavado en término de una villa o una anteiglesia”, sostiene las Conclusiones siguientes:

“1.^a. Que el Fuero de Vizcaya es aplicable tan sólo a la pequeña propiedad rural.

“2.^a. Que no hay razón para que se mantenga el dualismo legislativo en Vizcaya y que la aplicación del Fuero dentro de la provincia debe hallarse determinada y delimitada por razón de las cosas, teniendo lugar respecto de la pequeña propiedad rural lo mismo en la jurisdicción de las villas que en la de las anteiglesias.

“3.^a. Que la reforma y codificación del Fuero debe hacerse con la mira de reconstituir la pequeña propiedad familiar en Vizcaya”.

Propuesta que, a juicio de un comentarista meteco, “desvirtúa el concepto tradicional del Fuero, al que se pretende reducir a la humilde condición de la Ley de aguas”.

XII.—EL SECTOR RURAL DE LAS VILLAS

Para la aplicación de estos criterios: el de dependencia y el de destino, parte el artículo tercero de la Ley de una presunción que, por cierto, no aparece formulada: Y esta presunción, que no puede perderse de vista por lo que se refiere al sector rural, es la de que las fincas situadas en este sector no son anejas al núcleo urbano de las villas o Ciudad, en tanto no concurre alguna circunstancia que justifique el otorgamiento de la anexidad. Por lo que la regla general, no expresada en el precepto, es que toda finca del sector rural de las villas o Ciudad se regirá por el Fuero, si no merece ser reconocida como aneja al núcleo urbano.

Es la exposición de Motivos de la Compilación la que nos autoriza a afirmarlo, pues expresamente rechaza el sistema de los Proyectos, que, según ella, representaría: “quedar (el Fuero) desarraigado de extensas zonas rurales, en las que, precisamente, se asientan los rasgos más típicos del patrimonio familiar vizcaíno”. Y esa regla general es, además, la pedida por la estructura económica e inmobiliaria de las zonas rurales de las villas, cuyo suelo está dedicado, en la casi totalidad de su extensión, al cultivo, repartido en unidades-caserío.

Por eso dice la Exposición que con sus normas “se sirve con fidelidad

la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones, principalmente, en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno”.

Estas palabras de la Exposición de Motivos permiten asentar como indiscutible esta otra regla general, tácitamente contenida en el artículo Tercero: que toda unidad-caserío en el sector rural de las Villas y Ciudad está regida por el Fuero.

Y así es, irrefutablemente, porque así resulta de la presunción que expresamente enuncia el apartado a) del párrafo tercero del artículo tercero, que presume anejas al núcleo urbano y regidas por el Código civil:

1. Las construcciones destinadas a una explotación industrial.
2. Las destinadas a uso o actividad distinta de la meramente agrícola.
3. Las que no constituyan pertenecido de un caserío.
4. Los espacios de terreno destinados a una explotación industrial.
5. Los destinados a uso o actividad distinta de la meramente agrícola.
6. Los que no constituyan pertenecido de un caserío.

Lo que conduce a dar por cierta esta otra regla general, callada por el precepto.

Que en la zona rural de las 12 Villas y Ciudad, sólo la unidad-caserío está regida por el Fuero.

Resulta inevitable decir que el caserío es “El Tercer Hombre” de las normas territoriales de la Compilación.

Hemos procurado precisar la referencia a la finca regida por el Fuero, teniendo muy en cuenta que en modo alguno puede identificarse, a efectos de la Compilación, “caserío” con “edificio”. Las edificaciones, en el sector no urbano de las villas y Ciudad, sólo se rigen por el Fuero en el caso de que sean parte integrante de una unidad-caserío: entidad económica perfectamente caracterizada por ser un complejo de vivienda familiar y terrenos agrícolas explotados familiarmente.

“Compónese este tipo de fincas —dice D. Diego Angulo Laguna, en su “Derecho Privado de Vizcaya”— de la casería propiamente dicha, o sea la vivienda o casa-habitación de la familia cultivadora, de la huerta, que suele estar inmediata a la casa; de las heredades, cercanas también por lo general, y de los montes. Estos elementos, la ganadería y las aves de corral constituyen toda la fortuna del casero y los factores todos de la producción agrícola en Vizcaya”.

Por eso, a una casa de recreo, aunque tenga su jardín y su huerta, habrá de aplicársele la presunción de anexidad al núcleo urbano. A la casa, porque no es caserío, sino construcción destinada a uso o actividad distinta de la meramente agrícola; y al jardín y huerta, porque no es pertenecido de caserío.

Lo que no ofrece duda es que el caserío no perderá la consideración de tal si su explotación se hace en régimen arrendatario. Pero, entendámonos: si el arrendamiento se extiende a la unidad-caserío.

No creemos fácil el caso de un caserío abandonado en Vizcaya. Pero si se dice, tal circunstancia no debe impedir su sujeción al Derecho foral. Las presunciones de anexidad al núcleo urbano contenidas en el apartado a) del párrafo tercero del artículo tercero son de carácter particular, exceptivas de la presunción general de no anexidad, que hemos deducido de la misma norma. Y por ello, no pueden ser aplicadas con criterio extensivo. Tales presunciones han de ser aplicadas siempre exclusivamente con referencia a las situaciones precisas que tienen como base. Y el caserío abandonado no está destinado a explotación industrial ni a uso o actividad distinta de la meramente agrícola, ni puede decirse de él que no constituye pertenecido de un caserío. Que son los únicos supuestos contemplados para establecer la presunción de anexidad al núcleo urbano.

Claro está que, al hablar de caserío abandonado, no empleamos el concepto en el sentido estrictamente jurídico, sino en el de desocupado e inexplorado.

En teoría y contemplados en su formulación abstracta, la aplicación de estos criterios de destino y de dependencia, se muestra exenta de dificultades graves, pues las situaciones básicas de la presunción están enunciadas en términos indudablemente precisos. En la práctica...

XIII.—ORDEN DE PREFERENCIA DE LOS CRITERIOS

Cada uno de los criterios adoptados por la Compilación excluye a los que le siguen en orden, y es excluido, a su vez, por los que le preceden.

Se puede dudar si el criterio de dependencia es excluyente del de destino, o a la inversa.

En cuanto al caso de las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano de las 12 villas y Ciudad de Orduña, la duda parece claramente resuelta por el artículo tercero, pues las declara sujetas al Código civil “salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo”.

Para que tales tierras o heredades queden sujetas al Fuero, ha de concurrir, por tanto, una circunstancia: que constituyan pertenecidos de un caserío. De manera que sólo por la ausencia de ella la tierra o heredad en cuestión quedará sujeta al Derecho común. Pero no basta la cualidad de pertenecido para que venga determinada la condición de la finca. Pues entrará en el ámbito de una u otra legalidad según que responda a la unidad agrícola del caserío, o no guarde relación con tal unidad.

El orden de procedencia de los criterios es, incuestionablemente, para las tierras y heredades inmediatamente contiguas al núcleo urbano éste: la dependencia; el destino.

XIV.—HEREDADES Y TIERRAS

Esta referencia a las heredades y las tierras cuando se trata de fijar la legislación aplicable a las fincas que forman el que podemos llamar cinturón del núcleo urbano, parece a primera vista incompleta y confusa. Porque inmediatamente surge la pregunta de qué ocurrirá cuando la finca inmediatamente contigua no sea heredad o tierra, cuando se trate de una edificación. Pero resulta claro que la expresión legal es, a este respecto, suficiente y dice cuanto ha querido expresar, y que se ha limitado el supuesto a heredades y tierras porque el caso de fincas construidas no puede dar lugar a cuestión. En efecto, la norma ha entendido, con perfecta razón a nuestro juicio, que cuando un terreno inmediatamente contiguo al núcleo urbano es edificado, la finca ha perdido la contigüidad, para pasar a integrarse en el núcleo urbano.

Que heredades y tierras es término excluyente de superficie edificada resulta incuestionable. Pero, ¿cuál es el significado exacto de la expresión?

El sentido directo de “heredad”, según el Diccionario, es “porción de terreno cultivado”. Y la palabra tierra se refiere, aparte a otros sentidos más generales, evidentemente desecharables, a “suelo o piso”; “terreno dedicado a cultivo o propio para ello”.

Si se toma “tierra” por “terreno dedicado a cultivo”, el texto legal no habrá hecho otra cosa que repetir, innecesariamente, el concepto de heredad. Si se atiende al concepto de “terreno propio para el cultivo”, tendremos que “tierra” es sinónimo de superficie no edificada; pues todo suelo no edificado es físicamente apto para ser cultivado. Y si nos fijamos en “suelo o piso”, observaremos enseguida que suelo o piso es tanto como terreno, superficie.

Si advertimos que el precepto pretende discriminar las fincas sujetas a uno u otro Derecho, y que para ello obliga a atender a la doble condición de dependencia o independencia de un caserío y de formar o no parte de su unidad de explotación agrícola, no es difícil fijar el sentido del doble concepto de “heredades y tierras”. La finca es considerada por el artículo, por de pronto, en cuanto terreno inedificado; después, en cuanto constituye o no pieza de una unidad de explotación agrícola encabezada por un caserío.

Así, con “heredades y tierras” quiere decirse todo terreno, toda superficie, cultivada o no cultivada. Todo terreno, cultivado o inculto, estará sujeto al Código si no es pertenecido de caserío, o si siéndolo, no forma

parte de su unidad de explotación agrícola: supuesto que creemos no se dará en la práctica.

Aclarado que, en cuanto al cinturón del núcleo urbano el criterio de subordinación es prevalente sobre el de destino, trasladaremos la pregunta al resto del término municipal de la Villa o Ciudad.

Aquí está claro que se engloban los terrenos dotados o no de edificación: "construcciones y espacios de terrenos". Se rigen por el Código los "destinados a una explotación industrial o a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío". Parece que "tanto monta", pues basta su destinación ajena a la agricultura, aun cuando el terreno sea pertenecido de un caserío. Y basta que no se trate de un pertenecido, aunque se halle destinado a la actividad meramente agrícola.

XV.—*EL PERTENECIDO*

Creemos que la condición de pertenecido ha de tomarse en el sentido registral que le es propio, cuando de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad se trate. Y darle, para ese caso, al concepto el valor jurídico preciso que resulte del Reglamento Hipotecario.

Sabido es que la unidad registral finca no coincide siempre exactamente con lo que comúnmente se expresa con tal substantivo: una extensión de terreno determinada superficialmente por unos linderos que la cierran, dándole fisonomía permanente. Así, cuando hablamos de una finca, nos damos idea de la continuidad del terreno que la forma. Y este es también el concepto normal de finca para el Registro de la Propiedad.

Pero, al lado de las fincas normales o de terreno continuo, se admite la existencia de fincas discontinuas, integradas por parcelas o trozos separados entre sí. Para admitirlas, es menester prescindir del criterio de unidad física, conforme al cual una finca es una parcela, y sustituirlo por un criterio referido a otro orden.

Y esto es lo que hace el Reglamento hipotecario en su artículo 44, no modificado por el Decreto de 17 de marzo de 1959, al disponer que se inscribirá bajo un solo número; esto es, como una sola finca; a solicitud del interesado:

a") los cortijos..., caseríos... y otras propiedades análogas que formen un cuerpo de bienes dependientes o unidos con uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con arbolado o sin él, aunque no linden entre sí ni con el edificio, y con tal de que en este caso haya unidad orgánica de explotación o se trate de un edificio de importancia al cual estén subordinadas las fincas o construcciones.

b) Las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y

estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una unidad orgánica, con nombre propio que sirva para diferenciarlas y una organización económica que no sea la puramente individual.

c) Toda explotación industrial situada dentro de un perímetro determinado o que forme un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí".

La Compilación opera dentro del ámbito del caso a), en el que la finca está integrada por un caserío y trozos de terrenos: contiguos unos, al caserío; otros, más o menos apartados del mismo, pero formando todos una unidad orgánica de explotación agrícola polarizada precisamente en el caserío, asiento de la familia cultivadora. Cada uno de los trozos de terreno o parcelas; ya linden con el caserío o entre sí, o carezcan de colindancia, ya se dediquen a la labranza, a prado o tengan arbolado; cada una de las parcelas es un pertenecido del caserío. Como tales pertenecidos se transmiten al mismo tiempo que se vende el caserío, se heredan con el caserío; así se les hace figurar en las escrituras públicas en que se formalizan negocios sobre el caserío; y así, como pertenecidos del caserío, formando parte de la finca individualizada por el caserío, entran en el Registro de la Propiedad y aparecen en la inscripción de la finca única.

La Ley Hipotecaria, en su artículo 8, habla de unidad orgánica; a unidad orgánica de explotación se refiere, como hemos visto, el artículo 44 de su Reglamento; los hipotecarios precisan que se trata de un nexo de dependencia, uso o explotación, de conexión económica.

Nuestro caserío es todo eso, pero es también algo más. Es la unidad patrimonial familiar. Hasta tal punto se identifican familia y caserío, es tanta la coincidencia entre la economía del caserío y la familiar, que un caserío es, eminentemente, el asiento de una familia, y una familia se compone de los que en un caserío tienen su asiento y en él y para él trabajan. Al salir del caserío se sale también de la familia. Entre los de dentro y los de fuera queda el parentesco.

Aun ahora, el caserío presta el nombre a la familia, y no al revés: ¿Quién eres?, se pregunta a una niña. Y contesta: de Iruitza, o de Baltzola. Da el nombre del caserío en que vive con sus padres, aunque se apellide Garaizábal o Lizárraga.

Recordamos que la Ley de 1 de agosto de 1935, reformadora de la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre, encomendaba al Instituto de Reforma Agraria la misión de constituir patrimonios familiares, que definía del modo siguiente:

"Se entiende por patrimonio familiar agrícola el terreno cultivable, con su casa, si la hubiera en él, que puede estar constituido por una o varias parcelas colindantes o no, y que sea poseído y cultivado por una familia, cuya explotación sea suficiente para el sustento de la misma y para la absorción de su capacidad de trabajo".

Y véase el artículo segundo de la Ley de Patrimonios Familiares, de 15 de julio de 1952: "El patrimonio familiar constituirá una unidad económica integrada por las tierras a él adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, ganado, granjas y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación. La propiedad de cada patrimonio familiar habrá de quedar atribuida, en cada caso, a una persona física, como único titular del mismo".

Y el tercero: "El patrimonio familiar ha de reunir los requisitos siguientes:

a) Suficiencia económica de la producción de la tierra en orden a la satisfacción de las necesidades de una familia campesina, una vez atendidas las exigencias de una buena explotación.

b) Parcelación conveniente.

c) Absorción de la capacidad de trabajo de una familia campesina".

Con razón sobrada dice la Exposición de Motivos de la Compilación que "El Derecho Foral Vizcaíno, verdadero estatuto agrario, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial y familiar".

La condición de pertenecido no es una cualidad adherida de tal forma al terreno, que no pueda perderla. Depende de la voluntad del propietario en un doble sentido. En cuanto, como ya advierte el artículo 44 del Reglamento hipotecario, un trozo de terreno que no figura entre los pertenecidos de un caserío, puede ser incluido en la unidad registral de finca por el caserío encabezada, si aquél lo solicitare. Y también, porque basta la voluntad del dueño para que un terreno pertenecido de un caserío, deje de serlo, extrayéndolo de la unidad registral de la finca de la que formaba parte, para constituir finca independiente.

Pues bien, para el artículo tercero de la Compilación foral, pertenecido de un caserío será el trozo de terreno que como tal pertenecido aparezca en la inscripción de la finca encabezada por el caserío, y mientras en ella figure. De modo que si el terreno deja de ser pertenecido para el Registro, por haberse segregado de aquélla y constitúyese con él nueva finca, también habrá dejado de ser pertenecido para la Compilación.

Decimos que esto es así, porque así se deduce del mismo artículo tercero. Según sus términos literales, están sujetas al Fuero las heredades y tierras del cinturón del núcleo urbano, en las Villas y Ciudad, "que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo". Pero si se recuerda lo que dicho queda, lo que caracteriza y otorga la condición de pertenecido de un caserío es, precisamente, que el terreno forme parte de la unidad orgánica de explotación agrícola impulsada desde el caserío. Por eso, decir que un terreno se rige por determinada legislación si es pertenecido de un caserío y además responde a la unidad de explotación agrícola del mismo, parece que es, y efectivamente

lo es, decir dos veces una misma cosa. Y sin embargo, el artículo tiene razón para decirlo. Porque un trozo de terreno puede permanecer en el Registro de la Propiedad como pertenecido de un caserío, a pesar de haber dejado de integrar la unidad agrícola de éste: bastará para ello que el propietario haya dado en arriendo el trozo de terreno; piénsese también en una venta que no se ha pasado por el Registro. En tal caso, el artículo tercero no niega al terreno su condición de pertenecido, respeta la verdad oficial del Registro. Lo que hace, a los efectos de la legislación que ha de aplicársele, es prescindir de su condición de pertenecido, sin negarla, y atender solamente a la verdad real de que no responde a la unidad de explotación agrícola del caserío. No le importa que el terreno sea hipotecariamente pertenecido, y sí que no lo es económicamente.

Ya comprendo que se pensará en la serie de cuestiones a que pueden dar lugar, y que seguramente producirán, estas sutilezas, distingos y recovecos casuísticos, que no son lucubraciones del autor, que están allí, a flor de piel, en el texto del artículo, al que basta con arañar un poco para que salgan: éstas y otras muchas más que sabrán descubrir el talento, la ingeniosidad o la malicia de los pleiteantes.

Veamos en el caso contrario: el de que un terreno integrante de la unidad de explotación agrícola del caserío, no sea registralmente pertenecido suyo porque se halla inscrito como finca independiente; que sea económicamente pertenecido, ¡cuántas veces van a tener que leer estas palabras los jueces!, aunque no registralmente pertenecido. Pues habrá de estarse a lo que del Registro resulta; a lo que es la verdad oficial, única válida para los terceros. Porque si la Compilación hubiera querido atender, para este caso, exclusivamente al concepto económico de pertenecido, a que el terreno forma parte de la unidad agrícola encabezada por un caserío, no habría aludido a la condición de pertenecido.

Aún nos queda el rabo por desollar. ¿Y si el terreno de que se trata no está comprendido en la inscripción del caserío ni inscrito como finca independiente? ¿Y si ni siquiera el caserío ha tenido acceso al Registro?

En el primero de los dos casos habría que optar entre una de estas soluciones: entender que solamente es pertenecido de caserío el terreno que en el Registro figure como tal; o atender a la función que en la realidad desempeña la parcela, a si efectivamente se halla o no integrada en la unidad de explotación agrícola del caserío. Creemos que la primera solución se rechaza por su solo enunciado. El Registro asevera que un terreno incluido como pertenecido en la inscripción de un caserío, lo es; que el terreno inscrito como finca independiente, no es pertenecido; que son pertenecidos de un caserío las parcelas que como tales aparecen incluidas en su inscripción. Pero de ésto no puede pasarse legítimamente a concluir que sólo estos sean los

pertenecidos del caserío. Del terreno que no está en sus libros, el Registro no dice ni puede decir nada; ni le confiere ni le niega cualidad alguna.

Tras esto, no es difícil responder la pregunta sobre el caserío no inscrito. Para decidir si un terreno es o no pertenecido suyo, habrá de estarse a lo que resulte de la realidad. Esto es, aclarar si la parcela responde a la unidad de explotación agrícola del mismo.

XVI.—LO VOLUNTARIO Y LO NECESARIO EN LA TERRITORIALIDAD

En otro orden de ideas, se aprecia claramente que existe una singular diferencia entre los criterios determinantes de la legislación aplicable.

La aplicación del criterio territorial y la del criterio de situación resulta absolutamente ajena a la voluntad del particular, que nada puede hacer para que un terreno sujeto por aquellos criterios al Código civil, pase a ser regido por el Fuero, o viceversa. El terreno está en una anteiglesia o en el núcleo urbano de una villa o Ciudad, o en Bilbao; y esta realidad no puede ser vencida. Incluso la entrada de un terreno en el ámbito del núcleo urbano, o la salida del mismo, no dependerá de la voluntad del dueño. Aunque sí, excepcionalmente. Supongamos que el dueño de una casa situada precisamente en el perímetro del núcleo urbano; comprendida dentro del perímetro; es derribada, y agregado el terreno a un caserío y cultivado. ¿Habrá pasado, así, a ser tierra inmediatamente contigua al núcleo urbano de la Villa, y pertenecido de caserío? Si nos atenemos a los términos de la Ley, sí. Y habrá pasado, por voluntad del dueño, de regirse por el Código civil a regirse por la Compilación.

En cambio, los criterios de destino o de dependencia quedan a expensas de lo que quiera el particular, que podrá hacer pasar su finca del imperio de una a otra legislación, siempre que encuentre interés suficiente para ello.

XVII.—EL TERRITORIO FORAL Y LA TRONCALIDAD

Es imposible desconocer la relación directa y estrechísima que guardan las normas del Título Primero del Libro Primero de la Compilación, sobre la aplicación territorial del Derecho Civil de Vizcaya, con las de su Título Segundo, dedicadas a la institución cardinal del Fuenro: la troncalidad. "Hablar de la troncalidad de Bizkaya —dice Solano Polanco— es hablar de todo el Derecho Foral Bizcaíno, cuya médula y alma es: La comunicación foral, los llamamientos para casos de venta, las legítimas, las sucesiones... todo ello por el lado que se le quiera mirar, son aspectos diversos de la troncalidad. Tratar bien esta cuestión, es tratar bien todo el derecho foral.

Tratarla mal, por el contrario, es dejar en pie la principal dificultad del Fuenro". Y por ello ofrece gran interés evitar una confusión en que quizás pudiera caer alguno al relacionarlas entre sí.

Porque en el Título primero se dice que las disposiciones del Libro Primero, esto es, las que la Compilación refiere a esta Provincia, rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya. Y que con la denominación de Infanzonado o tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, a excepción hecha de las consabidas 12 Villas, ciudad de Orduña y todo el espacio administrativo de Bilbao.

En el artículo sexto, que inicia el Título Segundo del Libro Primero, se dice que "la troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado".

Entonces, ¿bienes troncales son los sitos en todo el territorio de Vizcaya, excepción de los términos municipales de las 12 Villas no aforadas y ciudad de Orduña? O, dicho de otra manera, ¿los inmuebles radicantes dentro de los actuales términos municipales de esas villas y ciudad, no son determinantes de la troncalidad, no pueden tener la consideración de bienes troncales?

A nuestro entender, esta conclusión no está autorizada por las normas de la Ley. Porque, como hemos visto, aparte Bilbao, cuyo término municipal en toda su extensión queda identificado con la villa no aforada de Vizcaya, las villas no aforadas y ciudad, a los efectos de la Compilación, quedan reducidas al "territorio incluído en el perímetro actual o futuro de sus respectivos términos municipales".

Y como Infanzonado es todo el territorio que no sea Villa, y villa es sólo el núcleo urbano de las 12 no aforadas y ciudad, no parece dudoso que Infanzonado será la parte de sus términos municipales no incluída en el perímetro actual o futuro de tales respectivos términos. En una palabra; que los inmuebles radicantes en término municipal de una de las 12 villas no aforadas o ciudad de Orduña, pero fuera de su núcleo urbano, tienen la consideración de troncales. Con las exclusiones que pasamos a examinar.

Hasta aquí, el camino es despejado. Pero si avanzamos un poco más y preguntamos por los terrenos afectados por un Plan de urbanización, ya no nos sirve el anterior razonamiento. Porque si Villa es el núcleo urbano, y nada más, el espacio afectado por un Plan urbanístico no es núcleo urbano ni, por tanto, villa. Luego, habrá de reputarse Infanzonado. Pero, según la Ley, estos terrenos son, o por lo menos se presumen, anejos al núcleo urbano. Y esta presunción de anexidad les extrae necesariamente del Infanzonado o tierra llana mientras se dé el supuesto básico de la presunción, como ya hemos explicado.

En una palabra; que los inmuebles radicantes en zona afectada por un

Plan urbanístico oficialmente aprobado, no son troncales, en tanto que permanezcan afectos al Plan.

Aparte de esta razón, existe la de que al presumírseles anejos al núcleo, se les somete al Derecho común. Y esta sujeción al Código civil impide en absoluto atribuirles la cualidad de troncales, ya que la troncalidad es desconocida para dicho cuerpo legal, que no llega a más que a establecer la reserva regulada por su artículo 811.

Nos parece evidente que si la troncalidad es una institución regulada por el Fuenro, hoy por la Compilación, y ésta no impera sobre estos espacios, los inmuebles en ellos radicantes no pueden ser troncales.

Vale esto mismo para las fincas inmediatamente contiguas al núcleo urbano: No para todas, sino sólo para las que hayan de regirse por el Código civil. Y para las sitas en la zona rural que entren en la presunción de anexas al núcleo urbano.

Para todos estos casos, si la exclusión del régimen foral no significa la negativa del carácter troncal, ¿qué alcance y valor tiene?

Quizás habrá quien tenga lo dicho por herejía jurídica, pero creemos que debe tenerse muy en cuenta el cuidado que la Ley ha puesto en la redacción del precepto sobre troncalidad: La troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado. ¿Qué quiere decir ésto? Sencillamente: que los inmuebles sitos fuera del Infanzonado no son nunca troncales; que los radicados en el Infanzonado pueden ser troncales. Pero no autoriza a decir que todo bien raíz sito en el Infanzonado haya de determinar necesariamente la troncalidad: que sea troncal.

Tronqueros los raíces de las anteiglesias, tronqueros los de la zona rural de las villas y Ciudad; entiéndase esto corrigiendo la inexactitud de la expresión; hay que decir que la palabra "Infanzonado" no tiene el mismo sentido en el artículo segundo y en el sexto. Y que, si bien el artículo segundo refiere el Infanzonado al territorio de la Provincia menos las 12 villas, Orduña y Bilbao, esta referencia ha de ser rectificada conforme a lo que resulta del artículo tercero. Y así ha pasado a ser Infanzonado el sector rural de las 12 villas no aforadas y ciudad, menos las zonas o las fincas anexas al núcleo urbano. Con lo que el concepto de Infanzonado ha perdido toda precisión y toda fijeza territorial.

Pero la cosa es clara; si el Infanzonado no comprende el sector rural de las Villas, los inmuebles de este sector no serán troncales. Y si comprende todo el suelo de las Villas menos su núcleo urbano, resultarán troncales terrenos que, según el artículo tercero, caen bajo la presunción de anexidad al núcleo y se rigen por el Código civil.

En definitiva, como la casi total superficie del sector rural de las Villas está, por lo menos hasta ahora, fuera de la presunción de anexidad, puede

decirse que la Compilación acepta substancialmente la un tanto sibilina afirmación de la Ley 1.^a del Título 2.^o del Fuero, que dice textualmente: “por ser toda la raíz de Vizcaya troncal”.

XVIII.—LA TERRITORIALIDAD Y EL ESTATUTO PERSONAL

Esta cuestión de determinar exactamente, de situar topográficamente, el Infanzonado no limita sus efectos a la troncalidad, sino que transciende, lo que es de mucha más entidad, nada menos que al régimen económico del matrimonio. Porque el matrimonio se entenderá contraído bajo comunicación, si al celebrarse, era vizcaíno infanzón el marido. Y aunque la Ley no define al vizcaíno infanzón, habrá que tomar lo que decían, coincidentes, los dos proyectos de Apéndice que varias veces llevamos citados: que la frase “vizcaíno infanzón” sirve para designar a las personas sometidas al régimen foral de derecho civil.

Entonces... ¿el hijo del guarda de una fábrica en el sector rural de Guernica, que tiene su vivienda familiar en la misma, no será vizcaíno infanzón, y su matrimonio no se gobierna por la comunicación de bienes, aunque sea dueño de un caserío en el sector rural del mismo Guernica?, caserío que será bien troncal, por lo que respecto a él habrá de observarse lo dispuesto en el artículo 10.^o de la Compilación.

Hagamos, para terminar, una observación ingenua. El dueño de un caserío en la zona rural de una villa lo vende, haciendo constar en la escritura que se adquiere para dedicarlo a explotación industrial. ¿Ha dejado de ser troncal, y, por tanto, no precisa que se hagan los llamamientos?

El dueño de un caserío con pertenecidos, vende un pertenecido previa su segregación y formación de finca independiente. ¿Ha dejado de ser troncal, y tampoco hay que llamar a los tronqueros?

Sospechamos que ser Notario en Vizcaya va a resultar muy complicado... o muy sencillo.

[2]

«La troncalidad en el Derecho Foral de Vizcaya»

SCALA, J. M.:

En *Urbis*. 1963, núm. 38, págs. 35-52

LA TRONCALIDAD EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA

*Por JOSÉ MARÍA SCALA.
Abogado del Ilustre Colegio de
Bilbao.*

I

IMPORTANCIA Y ALCANCE DE LA INSTITUCION

“Hay tres instituciones en el Fuero de granísima importancia”, decía D. Luis Chalbaud. Y señalaba, como una de las tres, a la troncalidad (1).

Jado, precisando más el ámbito en que la institución opera: “Que el Fuero se inspira en la troncalidad como principio capital que informa todas las transmisiones de bienes raíces, sean por actos entre vivos, a título gratuito u onerosas, sean por causa de muerte, es cosa que reputamos indiscutible” (2).

Mayor transcendencia le reconoce D. José de Solano. Tanta, que hace de ella la piedra cardinal del Fuero. “Hablar de la troncalidad de Vizcaya —dice— es hablar de todo el Derecho Foral Vizcaíno, cuya médula y alma es: La comunicación foral, los llamamientos para casos de venta, las legítimas, las sucesiones... todo ello, por el lado que se le quiera mirar, son aspectos diversos de la troncalidad” (3).

También para el Sr. Hornaeché, “es la piedra angular, sobre la cual descansa todo el edificio de la legislación civil de Vizcaya” (4).

Criterio no compartido por el Sr. Angulo Laguna: “Han creído los dignos miembros de la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya que todo el secreto de las particularidades del Fuero estriba en la troncalidad: han visto en ella la institución cardinal del Dere-

(1) Las obras a las que corresponden las citas señaladas con estos números se indicarán al final del estudio al terminarse su publicación.

cho Civil Vizcaíno, estimando que todas las demás instituciones le están subordinadas; han considerado que en este Derecho Foral no hay más que un principio, la troncalidad, y que todo lo demás no es otra cosa que manifestación de ese principio . . .

No he entendido yo de esa suerte el Fuero de Vizcaya. Como más adelante diré creo que no es la troncalidad la institución cardinal de estas leyes civiles, y que su valor está limitado a ser una compensación de la libertad de testar” (5).

El valor relativo de la troncalidad en el sistema institucional del Derecho Vizcaíno es acentuado por García Royo, que aconseja:

“Cuando se ofrezca alguna pugna entre la troncalidad y otra institución (comunicación foral, etc.), piénsese que aquélla es una relación jurídica subordinada al orden jurídico total” (6).

Tampoco se muestran coincidentes los autores al señalar la función que la troncalidad desempeña.

Para Chalbaud, “la troncalidad es una ligadura que se establece entre la propiedad raíz y la familia que la posea para que nunca salga de ella . . . Este principio troncal es el que da forma a esta propiedad en cierto modo familiar; aquí se establece el asiento de la familia en la casería” (7). Y antes había dicho D. Benito Gutiérrez que “la troncalidad vincula los bienes en la familia estableciendo un interés solidario, creando una especie de comunidad” (8). Y Hormáeche que “la troncalidad, hábilmente combinada con la libertad de testar, es, sin duda alguna, entre todas las instituciones de carácter civil la que más ha contribuido, en medio del movimiento vertiginoso de la sociedad en que vivimos, a dar estabilidad a la familia vascongada . . .

Sin los inconvenientes de los mayorazgos, ni la odiosidad del privilegio, aquellas instituciones conservando la unidad de la casería . . . contribuyen poderosamente al bienestar de la familia labriega” (9).

Opina el Sr. Angulo que “la vida rural de Vizcaya es imposible con la división y subdivisión de la entidad agrícola que se conoce con el nombre de casería . . . una buena política legislativa debe tender a mantener íntegra la unidad de la casería.

Este propósito y no otro es el que inspira al Fuero de Vizcaya en todas las disposiciones que son propiamente vizcaínas, prescindiendo de aquellas otras que tienen marcado abolengo castellano;

pues ni todo lo que está en el Fuero es vizcaíno, ni todo el derecho genuinamente de Vizcaya está en el Fuero.

La indivisibilidad, pues, de la casería, principalmente arraigada, como ya queda dicho en la conciencia pública; las necesidades del cultivo y el género de vida de la familia cultivadora, en segundo término, inspiran la legislación foral” (10).

Pero para Balparda, “con la troncalidad lo mismo que sin ella, la existencia de multiplicidad de herederos tronqueros ocasiona siempre la división de la herencia en la sucesión ab intestato, y en la testamentaria hace posible la distribución del caudal entre aquellos que ordinariamente, aun donde rigen las leyes comunes, suelen ser designados por herederos; en los actos inter vivos, la facultad de desintegrar el patrimonio troncal, aun cuando los tronqueros ejerçiten el retracto, está por entero en manos de los propietarios. La influencia de la troncalidad en la transmisión íntegra del caserío es, por consiguiente, nula” (11).

Y el moderno comentarista del Fuero, Sr. García Royo, dice rotundamente: “La integridad en la transmisión del caserío se debe, no a la troncalidad, sino a la facultad de elegir un heredero entre los legitimarios con exclusión de los demás (libertad de testar)” (12).

SUBSISTENCIA DE LA TRONCALIDAD FORAL

Ni siquiera la subsistencia misma de la institución se ha visto libre de controversia. Pues aunque ningún tratadista del Derecho Foral Vizcaíno se haya atrevido a propugnar su radical desaparición, D. Manuel de Lecanda en su “Memoria” entendió “que será acertado prescindir de las leyes del título *XVII*, dejando esta materia íntegra al Código civil” (13).

Bien es verdad que la supresión alcanzaría exclusivamente a las normas forales reguladoras del “derecho de los parientes a pedir para sí los bienes raíces que se venden” (14); y que, poco más adelante, afirma sin reserva alguna que “es también de capital importancia en el régimen foral la ley 18 (del Título XX), en cuanto prescribe que no se puedan dar ni mandar a extraños bienes raíces algunos habiendo descendientes o ascendientes legítimos o parientes colaterales del tronco, dentro del cuarto grado. Evidente es que no puede prescindirse de esta disposición si, como se anuncia, ha de

respetarse el principio de troncalidad” (15). Y, además, urge advertir que Lecanda propone la supresión del derecho de la saca foral en la creencia de “que se conservará en el Código civil el tanteo o retracto gentilicio, si bien con las restricciones convenientes para no debilitar el derecho del dueño, y con esto hay lo suficiente, a juicio del que suscribe, para favorecer en lo posible y en lo justo la realización del pensamiento a que responden estas disposiciones” (16).

Hormaeche se adhiere plenamente a la opinión del Sr. Lecanda (17). Y otro tanto hace D. Diego Angulo Laguna, para quien “los preceptos del Fuero sobre compraventa deben ser lisa y llanamente derogados, por estar en pugna con el presente estado social y con las reinantes ideas económicas” (18).

Más radical resultaba el anhelo reformista del que fue Registrador de Laguardia, D. Valentín de Ozámiz y Ostolaza, de quien son estas palabras: “si admito la troncalidad para las sucesiones intestadas, no la acepto, mediando donación o testamento, al menos más allá de lo que constituye la legítima de los descendientes y ascendientes . . . uno mis aplausos a los del señor Alonso Martínez, por la valiente adhesión al derecho de nuestros días, de que da muestra el Sr. Lecanda, renunciando al mantenimiento de las leyes del título 17 del Fuero . . . Sino que yo no limito las consecuencias de esta tesis al título 17 del Fuero. De las vendidas, y sostengo que milita la misma razón y han de extenderse a todos los títulos gratuitos en que medie la voluntad expresa, bien revistan la forma de contrato, como en la donación intervivos, o tengan carácter sucesorio, cual ocurre en la mortis causa, herencia testada y las mandas” (19).

Chalbaud aconsejaba: “limítense la troncalidad (no hablamos de la comunicación foral ni de la libertad de testar que tienen además otros fundamentos) a las caserías y tierras de labor” (20).

La opinión de Jado queda reflejada en estas palabras: “Nos inclinamos en favor de los que sostienen que la troncalidad es el principio que debe regular toda sucesión, sea testamentaria o legítima, y con respecto a todos los herederos, es decir, lo mismo de la línea colateral, que de la línea recta” (21).

En cuanto al mantenimiento del derecho de saca en las enajenaciones, no parece que al autor le ofrezca duda alguna (22).

Criterio ciertamente original es el adoptado por D. Gregorio de Balsalda, quien está: “Por su mantenimiento en cuanto es la

propiedad familiar y solamente en tal caso. En todos los casos en que no sea la propiedad familiar, debe suprimirse; en cambio, cuando lo es, debe conservarse con todas sus consecuencias en las transmisiones inter vivos y mortis causa”.

Al caserío, “por consiguiente —agrega— deben aplicarse tan sólo las prescripciones de la troncalidad en todo su rigor . . .

A muchos parecerá que esto es volver a los mayorazgos. Otros en cambio verán que siendo, como debe ser a mi juicio, condición precisa de la aplicación de la troncalidad que el caserío sea ocupado y trabajado por la familia troncal, no se incurrirá en los inconvenientes del mayorazgo” (23).

Y García Royo, recogiendo sumariamente los dispares pareceres de los tratadistas que le precedieron en el estudio y juicio de la institución, resume: “Nunca será buena solución la de D. Manuel de Lecanda (a quien siguen Alonso Martínez y Hormaeche) suprimiendo en las transmisiones onerosas lo que suele llamarse “retracto foral” (es el contenido de la Ley 1.^a, Título 17), —aunque “in mente” lo sustituía por el gentilicio— conservando el d. de troncalidad en las transmisiones a título gratuito; ni la de D. Valentín de Ozamiz (en “Laurak-Bat”), que lo conservaba dentro de los límites de la voluntad presunta y no cuando ésta sea expresa, esto es, reconoce al propietario absoluta libertad de disponer y sólo acepta la aplicación del principio a las sucesiones intestadas. Ante los conflictos, se explica que Belparda quisiera limitar la troncalidad al caserío (contra el criterio de Chalbaud y del Congreso de Oñate, en un extensión hacia los valores industriales, etc.)” (24).

“¿Cuáles son las notas características de la troncalidad en el F uero y en la vida de Vizcaya?” —se pregunta Chalbaud.— Y las encuentra en “1. La sucesión de las líneas familiares de suerte que sea la familia troncal la descendiente de propietarios del caserío. 2. La institución de los llamamientos y el consiguiente derecho de nulidad. 3. En sacar los bienes al precio que juzguen tres hombres buenos, no al precio de la venta concertada o ejecutada”. Y agrega: “Donde quiera que tengamos esas condiciones esenciales tendremos la troncalidad vizcaína y la troncalidad vasca porque el F uero de Vizcaya no hizo sino acertar a concretar en Ley escrita lo que todo el pueblo vasco tenía en la costumbre” (25).

ANTECEDENTES DE LA TRONCALIDAD FORAL

Pero no fue el Fuero de 1526, que ha constituido el Derecho Civil Especial de Vizcaya hasta la vigencia de la Compilación aprobada por la Ley de 30 de julio de 1959, el que recogió la troncalidad directamente de la costumbre, pues la institución tuvo ya acogida en el Fuero del año 1452, llamado Fuero Viejo de Vizcaya.

Bajo el reinado de Enrique III, el Doliente, que ocupó el trono desde el año 1390 al 1406, “los buenos de las Encartaciones . . . acordaron todos estando juntos en la junta general en Abellaneda según que lo han de uso y de costumbre de se ajuntar con el Doctor Gonzalo Moro oydor de la Audiencia de Nuestro Señor el Rey y Corregidor y Behedor de Vizcaya y en las Encartaciones he en Guipuzcoa de ordenar” los capítulos de un cuaderno de Leyes conocido por el nombre de “Fuero de Abellaneda”. Casi la totalidad de sus capítulos son de carácter penal; alguno tan curioso como el de que “cualquier que á otro quisiera convidar á comer y á never que lo puede hacer sin pena alguna”. Pero contiene también unos pocos preceptos de Derecho Civil; entre ellos el capítulo 42: “Item si el padre alguna heredad quisiere vender que tanto por tanto que la pueda comprar el fijo al padre y el padre al fijo”.

La inclusión de esta Ley no prejuzga, en manera alguna, la vigencia de la institución entre las costumbres entonces observadas en el territorio que tenía por cabeza el pintoresco lugar de Avellaneda. Pues ese derecho reconocido al hijo respecto a las enajenaciones realizadas por el padre, y a éste sobre los bienes vendidos por aquél, puede ser explicado sin necesidad de acudir a la troncalidad, para la que el Cuaderno Foral de Avellaneda no tiene alusión alguna.

Y llama más la atención su silencio, porque el derecho del parente a adquirir los bienes raíces de su abolengo halló acceso en la más antigua legislación peninsular.

LEYES DE CASTILLA

El primer rastro puede encontrarse en el Fuero Juzgo, en la Ley 6.^a del Título 2.^º del Libro 4.^º: “Si aquel que muere deja abuelo o abuela. Cuando el hombre muere, si deja abuelos de parte del padre o abuela de parte de la madre, ambos deben haber igual-

mente la buena del nieto. Y si deja abuelo de parte del padre o abuela de parte de la madre ambos vengan igualmente a su buena. Y otrosí si deja abuela de parte del padre o de parte de la madre, vengan a la buena igualmente. Esto es de entender de las cosas que ganó el muerto. Mas de las que él hubo de parte de sus padres o de sus abuelos, deben tornar a sus padres o a sus abuelos como se las dieron”.

Pero esto es simple traducción de la Ley 6.^a del Título 2.^o del Libro 4.^o del *Fori Iudicium*: “... Et haec quidem aequitas portionis de illis rebus erit quas mortum conquississe cognoscitur. De illis veros rebus quas ab avis vel parentibus habuit, ad avos directa linea revocabunt”.

El llamado *Fuero Viejo de Castilla*; “el código de la nobleza española de la edad media”, según D. Pedro José Pidal (26); cuya última ordenación se debe a D. Pedro I, (1350 a 1369), contiene, en el Título 1.^o del Libro 4.^o, las siguientes leyes:

“2.^a Ninguna heredad no se debe vender de noche ni de día a puertas cerradas. Y la vendida que así fuere hecha no puede toller su derecho al pariente o a quien pertenece la heredad por razón del patrimonio o del abolengo, mager que el cambio sea hecho.

3.^a Todo hombre que vende su heredad que ha de patrimonio o de abolengo, y viniere otro su pariente, e dice: yo me la quiero la heredad tanto por tanto, que a mí pertenece, si “camino de pasada” hubiere dado el comprador y pagados los dineros, no la puede haber el pariente; mas si camino no hubiere dado el comprador, maguer carta haya hecha, y el comprador hubiese pagado a este tal, y viñiese el pariente mostrando él haber derecho, y contándolo delante testigos, debe haber la heredad, jurando que para sí quiere la heredad, y no para otro hombre ninguno: y si el pariente pudiere venir antes del camino a dar el camino y los sueldos, puede haber la heredad.

4.^a Si un hombre vende heredad a otro hombre y la venta fuere hecha en cementerio de Iglesia que valga; más si viniere algún pariente y le demandare hasta nueve días, dando lo que costó, puede la haber por la pasada, que no puede haber el cementerio ni la iglesia”.

Y en el Título 2.^o del Libro 5.^o: “1. Esto es *Fuero de Castile-*

lla: ... e la erencia del patrimonio devela heredat el pariente onde la erencia viene".

Antes que las Partidas, dictó Alfonso X el Sabio el Fuero Real, en el que figura la Ley 13.^a del Título 10.^o del Libro 3.^o: "Como la cosa de patrimonio o de abolengo, vendiéndose, puede el pariente más propinco sacar tanto por tanto. Todo home que heredad de patrimonio o de abolengo quisiere vender, si home de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto hayala ante que otro alguno: e si dos o más la quisieron que son en igual grado de parentesco, hayala el más propinco".

Y la Ley 10.^a del Título 6.^o del Libro 3.^o: "... E otrosi mandamos que el que muriese sin manda e no dexare hijos ni nietos, e dexare abuelos de padre e de madre, el abuelo de parte del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo de la madre lo que fue de la madre: e si él había hecho alguna ganancia, ambos los abuelos hereden de consuno igualmente".

En cambio, según la Ley 1.^a del mismo Título, el que carece de hijos o nietos, "pueda facer de todo lo suyo lo que quisiere; de guisa que el Rey lo suyo no pierda: e no le pueda embargar, ni padre ni madre ni otro pariente".

Entre las Leyes del Estilo, pueden citarse la 220 y la 230. Esta última dice así:

"Como la Ley del Fuero del tanto por tanto ha lugar también en el Reino de León, como en el de Castilla". Otrosí, en tierra de León, las heredades e las otras raíces que vienen de patrimonio o de abolengo, y los vende aquel cuyas son, y viene el pariente más cercano, a quien fue hecho saber por el vendedor que quiere vender la heredad, y quierela sacar: y esto se libra en tierra de León por Fuero de Leyes también como en Castilla, como quier que en otro tiempo, en tierra de León, el pariente hasta un año la podía sacar. Y esto del año se usó así quando el vendedor no le fizó saber la vendida".

Nada de esto contienen las Partidas del mismo Alfonso X, ni el Ordenamiento hecho en las Cortes de Alcalá de Henares reunidas en 1348 por Alfonso XI, cuya Ley 1.^a del Título 28 dio fuerza legal a aquéllas, aunque sólo como derecho supletorio del propio Ordenamiento y de los Fueros:

“... e maguer que en la nuestra Corte usan del fuero de las Leys, e algunas Villas de nuestro Sennorío lo han por fuero, e otras Cibdades e Villas han otros fueros departidos ... establecemos e mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron ... e los pleytos e contiendas que se non pudieren librar por las Leys deste nuestro libro e por los dichos fueros mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las siete Partidas que el Rey D. Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar, comoquier que fasta aquí no se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueran habidas las Leys”.

Así, no quedó desterrado el sistema anterior; y son buena prueba de ello la Ley 6.^a del Título 7.^o del Libro 5.^o de las Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas bajo el reinado de los Reyes Católicos por el Dr. Díaz de Montalvo; que reproduce, con alguna diferencia, la Ley 13.^a del Título 10.^o del Libro 3.^o del F uero Real; y la 6.^a de las Leyes Toro, promulgadas en 1505 por D. Fernando, a nombre de D.^a Juana la Loca: “Los ascendientes legítimos, por su orden y línea derecha suceden ex testamento et ab intestato a sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son descendientes a ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos o que hayan derecho de les heredar: pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida o hacer qualquier última voluntad por su alma o en otra cosa qual quisieren: lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares do según el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, o la rayz a la rayz”.

El Fuero Viejo de Castilla no pudo tomar del F uero Juzgo, donde no estaba, el retracto gentilicio, definido por Sánchez Román: (27) “el derecho que tenían los parientes más próximos del vendedor dentro del cuarto grado, para dejar sin efecto la venta de la cosa inmueble verificada a un extraño, y ser preferidos en la adquisición de la misma, siempre que ésta procediera de un ascendiente común al vendedor y al retrayente”. Presentándolo como institución “coetánea del principio de troncalidad; corresponde a la época feudal y municipal, y aunque figura lo mismo en las leyes municipales que nobiliarias, su verdadera esfera de acción se encuentra dentro del

régimen municipal como uno de los medios de impedir que la propiedad saliera de la familia o, al menos, a veces, de los vecinos de un término municipal; y sobre todo para conseguir que no pasara del patrimonio del estado llano al feudal de la nobleza” (28).

También para D. Benito Gutiérrez (29). “El retracto es institución antigua en España; y de las más populares, a juzgar por su origen y extensión.

Los autores —agrega— consideran el retracto como una derivación del sistema de troncalidad, y dicen que se introdujo para que permaneciesen en cada familia sus bienes patrimoniales y evitar así la acumulación de las riquezas . . .

Durante la dominación del Fuero-Juzgo, ni se conoció ni hubo motivo particular que hiciese nacer el retracto”. Pero se modificó tal situación. “La propiedad adquirió un marcado carácter de feudalismo, y un rasgo es, aunque imperfecto, de ese carácter, el retracto”.

Isábal coincide con ellos, al afirmar que “su origen más directo se remonta a los tiempos feudal y municipalista” (30).

FUEROS MUNICIPALES

En los fueros municipales surge, ciertamente, el derecho de los parientes a adquirir los bienes de su abolengo.

Así en el Fuero de Zamora (1208): “Padre o madre, abuelo o abuela que heredades hubieren a vender, cuanto uno y otro diere por ella, hijos o hijas o nietos o nietas la tomen si quisieren hasta nueve días; y si no pagaren vénдase su heredad a quien se quisieren. Otrosí sea de hijos a padres o a madres, abuelos, abuelas y de hermano a hermanos.

Y si hermano o hermana heredades hubieren a vender, aquel que lo vende jure sobre cruz cuanto le dan por la heredad y sea creido. Hermano o hermana que la quisiere comprár, jure que por sí la quiere, sin arte y sin engaño, y tómela y pague los morabides. Este pleito se entiende por las heredades que home ha de su patrimonio. E si la heredade vendieren en otra parte, e pasar un año, e fuere enna tierra, et non la temptar por prinda o por juicio, non responda de ella” (31).

En el de Salamanca (posterior a 1801): “Todo home qui ven-

dier heredade, faga afrentas a sus parientes que han a heredar... e los parientes que hobieren rancura de la heredade e hasta seis años non la demandaren, non les responda con ella" (32).

Lo mismo en el de Ledesma (33).

En el de Cáceres (1229): "Todo home que quisier su heredad vender, dicat primun parentibus suis, quibus sua bona debet hereditare; et quantum alius dederit pro illis, parentibus vendat, si ea voluerint; et si allii vendiderint ea, et parentes sui ante scire non fecit, saquet illa quomodo vult, et det ea parentibus sui; et si potuerit firmare quod fecit illis testigos quod volebat hereditatem suam vendere, et voluerunt illi comprarre, vendat eam cui voluerit; et si parentes voluiren eam emere, paguenlo fasta nueve dias el tercio, y el otro tercio a los nueve dias, et a los otros nueve el otro tercio; et si a estos plazos non pagare, teneat quod tenet, et vendat hereditatem cui voluerit".

En el de Alcalá (1202-1207): "Ninguno ome que vendiere sua heredad, tanto por tanto el pariente lo haya si lo demandare a nueve dias que lo vendieren, veniendo con el haber. Todo ome qui heredad comprarre e ata nueve dias non ye lo sacare pariente que sea en la vecindad de Alcalá o de so término, despues de nueve dias pasados nol recuda.

Todo ome de Alcalá o de so término a quien muriere mulier o a la mulier so marido e fijo lexare el uno al otro e nueve dias visquiera o den arriba e despues le muriere el padre o la madre lo hereden toda su buena; el mueble por siempre e la raiz por en sos dias. Orfanos a quien muriere padre o madre e oviese partido con padre o con madre e muriere alguno de ellos e non oviesen partido inter illos los hermanos lo hereden; e si oviesen partido e muriere algún de illos el padre o la madre que fora vivo herede el mueble por siempre a la raiz por en sus dias, e despues de sus dias torne raiz a raiz, e de poder que no lo venda ni lo malmeta" (34).

En el de Baeza (1147): "Qualquier que alguna cosa vendiere o comprarre, si quier mueble si quier raiz, firme sea y vala, fuera ende a los monges; así que ninguno no se pueda repentir despues que mercaren. Empero aquel que raiz alguna quisiere vender fagala pregonar tres dias en la villa, e estonce, si alguno de sus parientes la quisiere comprar, comprela por cuanto aquel que maes cara la quiere comprar. E los tres dias pasados vendala a quien el maes qui-

siere; e el mercado fecho, ninguno non se puede repentir. E si por ventura no la ficiere pregonar y la vendiere, los parientes del vendedor non pueden por esto demandar al comprador, mas al vendedor solamente, porque vendió la raiz escondidamente, non lo sabiendo los parientes. Onde por fuerio ha de dar tanta raiz e tal e por tanto quanto la otra vendió. Más si pregonada fuere cuemo dicho es, non ha de responder por ella a ninguno".

En el de Soria se establece la troncalidad en las herencias. Pero no contiene el retracto gentilicio (35).

También en el de Sepúlveda (el 1.^o de 1076; el 2.^o de 1309) está ausente el retracto. Pero dice: "Otrosi todo omme que oviere a heredar así hereda: el mas cercano pariente herede e sea en derecho así como la ley mande e que non sea fecho en barragana; fuera ende si fuera fecho fijo por Concejo e placiendo a los parientes que avrén de heredar el padre o la madre onde viene el heredamiento; e la raiz a la raiz se torne onde viene el heredamiento esos lo hereden como lo deben de heredar. E los nietos hereden con los otros hermanos del padre e de la madre la suerte que devén haber el padre e la madre; e los sobrinos hijos de hermanos otrosi hereden con sus tíos así como heredaría su padre o su madre.

En el de Coria (37) (del tiempo de Alfonso X): "Todo ome que su heredad quisier vender digalo primeramente a sus parientes que su heredade quiere vender. E quanto los otros dieren por ella denla a sus parientes la que quisiere comprar. E si a otro la vendieren e los parientes la quisieren comprar, no la pueden vender e puedanlo sacar quando quisieren e della a sus parientes. E si les pudier firmar quel quería vender su heredad e lles fizó testigos e el no ge la quiso comprar, vendala a qui se la pagar. E si los parientes la quisieren comprar paguen hasta nueve dias el tercio; e si a estos plazos no pagaren tengala el que la tien y vendala a quin se quisier".

En el de Briviesca (1313), que repite lo de las vendidas del Fuego Real:

"L. 3.^a, T. VI, L. 3.^a: Si el que finare sin manda fuere mañero et non dejare padre nin madre nin aún abuelo ni abuela, si ovier hermano quier de la parte del padre quier de la parte de la madre aquellos hereden todas las ganancias igualmente por cabezas, mas la raiz herédanla aquellos hermanos de cuya parte vino el hereda-

miento. Esto mismo sea si oviere primos o segundos cormamos por parientes más propincuos" (38).

En el de Cuenca (1146) estudiado en una obra monumental por D. Rafael de Ureña (39):

"Quien alguna raiz quisiere vender hagale pregonar por tres dias en la ciudad y, los tres dias pasados, véndala a quien le plu-guiere y estonce si alguno de su parentesco la quisiere comprar, comprela por cuanto aquel que más caro la quisiere comprar; y el contrato hecho no se puede ninguno repentir y si pregonar no lo hiciere y la vendiere, el pariente del vendedor no se puede tornar al comprador, pero más al vendedor tan solamente porque vendió la raiz escondidamente no lo sabiendo los parientes propincos, onde de fvero ales de pagar tanta y tal raiz y por tantos maravedís como aquella vendió; y si fuere pregonada como dicho es no ha por ella de responder a ninguno; ca si fuero fuere que no pudiere ninguno vender raiz si no a sus parientes tan solamente, de todo en todo serían las heredades avildadas y despreciadas.

Cualquier hijo herede los bienes de su padre o madre así muebles como raíces; y el padre o la madre los bienes del fijo el mueble; ca el padre ni la madre non an de eredar la raiz del fijo que le vine-re de su patrimonio; toda la otra rayz que el padre o la madre ga-nare en uno a de heredar el padre o la madre que finare bivo por derecho de su fijo en todos los días de su vida, si el fijo biviere por nueve dias; y después de la muerte del padre o madre la rayz torne a la rayz; por la qual cosa mando que que maguer el padre o la madre que fincare bivo haya de eredar esta rrayz en toda su vida, pero porque a de tomar a la rrayz de fiadores que guarde la rrayz sin danno; y la rrayz que el fijo oviere de su patrimonio torne a la rrayz aquel dia que el muriere".

Empero, el derecho de retracto gentilicio está ausente en los Feros de Burgos, Nájera, Guadalajara, Sahagún, Medinaceli, Lo-gróño: dado a Valmaseda por D. Lope Sáinz de Mena, fundador de la Villa en 1199, y confirmado por Alfonso X en 1256 (40); y a Bilbao por D. Diego López de Haro, en la Carta fundacional de la Villa (año 1300) (41).

Este Fuero de Logroño, otorgado por Alfonso VI en 1095, decía: “Et istos populatores de Logronio habeant absoluta licencia per comprare hereditates ut ubicumque voluerint comprare . . . Et si necesse habuerint per vendere, vendant ubicumque voluerint.” (42). Y en la Carta de D. Diego, se reconoce a los pobladores de la Villa el derecho de “comprar et vender francamente heredades”. Lo que se repite en la Carta-puebla de su hermana D.^a María, de 1313: Y en el privilegio dado por D. Juan III en 1379: “y estos pobladores de vilvao ayan suelda licencia para comprar y bender heredades por do quisieren . . . Los dichos términos (los de la Villa) han en tal guisa que podades . . . comprar et vender francamente heredades” (43).

Ausente, como hemos dicho, la troncalidad en el Fuero de Avellaneda (44), la acoge el “fuero y cuaderno de las Encartaciones sacado de los fueros antiguos e de los buenos usos e costumbres que los hijos dalgo de las Encartaciones de antiguo e inmemorial tiempo e acá han tenido y usado y goardado los cuales según la calidad de la tierra e de la disposición e gente de ella se han fallado y se fallan ser muy útiles e provechosos y convenientes y necesarios para la buena gobernación e paz e sosiego de la dha tierra e de los vecinos e moradores de ella, según que la experiencia que es madre de todas las cosas lo ha demostrado y demostra de cada día, por lo cual los hijos dalgo y antiguos de las dhas Encartaciones, porque sus fueros y privilegios y buenos usos y costumbres no veniesen en olvido, antes perseberasen y estobiesen en memoria, accordaron de los reducir en escrito faciendo livros e cuadernos de ellos los cuales fasta aqui siempre les han sido confirmados e goardados e mandados goardar por los Reyes e Señores de gloriosa memoria que han sido Señores de las dhas Encartaciones, e porque los dhos fueros y cuadernos antiguos en muchas cosas estaban superfluos e repetidos e doblados muchas veces unos mismos capítulos y leyes, y otros estaban oscuros e otros en algo menguados, e interpelaban por los usos y costumbres de las dhas Encartaciones, e sobre la probanza de ellos recrecían muchas veces costas y daños a los vecinos de las dhas Encartaciones” (45). Fuero que fue ordenado por el Licenciado Joan Sáez de Salcedo, quien lo entregó al Corregidor de Vizcaya Pérez de Bargas, el 10 de febrero de 1513: posterior, por tanto, al Fuero Viejo de Vizcaya, pero precedente en trece años al de 1526.

CONCEPTO DE LA TRONCALIDAD

Al referirse al concepto de la troncalidad, no sería justo posponer al dado por cualquier otro autor, el que mereció al P. Chalbaud: "Troncalidad —dice— es relación estable de una raíz con una familia, para el asiento y conservación de esta; y derecho de troncalidad, el derecho de una familia poseedora de una raíz, ejercitable por cada uno de sus miembros según el grado de proximidad consanguínea con el poseedor actual de la raíz, para que ésta no salga de la familia en cuya potestad ha estado, sin el beneplácito de los individuos que la componen" (46).

Forzosamente ha de llamar la atención, que ni Jado, el más sistemático de los tratadistas forales, ni Balparda ni Quadra Salcedo ni Areitio enuncian el concepto de la troncalidad, como tampoco Solano ni García Royo.

Sin pretensión definitoria, Angulo la considera como "la relación en que se encuentran dos personas, referidas a una tercera; en cuanto esta tercera no solamente es miembro de la familia, sino poseedora además de un patrimonio jurídico o de un bien" (47). Y para Hormaeche (48) "la troncalidad es un sistema que regula la transmisión de bienes raíces, sitos en infanzonado, tanto de los que se transmiten a título lucrativo, que quedan vinculados en las familias de donde proceden mientras haya descendientes, ascendientes o parientes tronqueros; cuanto los que se transmiten a título oneroso, que no pueden ser enajenados a un extraño mientras exista un tronquero o en su defecto un profinco que los quiera adquirir por su justo precio".

Según Gutiérrez, la institución es una ligadura que se establece en la propiedad raíz y la familia que la posea para que nunca salga de ella; y el Derecho de troncalidad, en sentido objetivo, un conjunto de disposiciones legales que regulan las transmisiones intervivos y mortis causa de bienes inmuebles con el objeto de impedir que estos bienes pasen a personas pertenecientes a familia distinta del anterior propietario.

Moutón la define: "el derecho o privilegio sucesorio por virtud del cual los bienes hereditarios de una persona, de naturaleza familiar conocida, revierten o vuelven al tronco de que proceden en los casos de sucesión intestada de la misma sin dejar descendientes" (49).

Y Braga da Cruz, en la misma línea que el anterior: “Una regla de devolución necesaria, aplicable sólo a la sucesión legítima del que muere sin descendientes, y según la cual los bienes poseídos por el de cuius en calidad de propios deben ser atribuídos exclusivamente a los parientes del mismo lado del cual esos bienes proceden” (50).

Definiciones, ambas, que, como veremos, recogen sólo un aspecto de la Institución, cuyo alcance en el Derecho Foral Vizcaíno era y sigue siendo de mayor amplitud.

LA TRONCALIDAD EN LA COMPILACION FORAL

El primer precepto referido a la troncalidad que aparece en la Compilación del Derecho Foral de Vizcaya y Alava, aprobada por las Cortes y promulgada por Ley de 30 de julio de 1959, es el artículo 6.º.

No la define la Compilación que emplea el concepto “troncalidad” sólo en dos ocasiones.

En el enunciado del título *II*: “De la troncalidad”: Aquí va referido a la institución, al especial régimen patrimonial-familiar regulado en dicho título. Mas no en él exclusivamente, pues el desarrollo normativo de la troncalidad prosigue en el título *IV*, en el que está comprendida la sucesión testada de los bienes troncales; en el *V*, donde se regula la sucesión intestada de los mismos; en el *VI* y en el *VII*, que también contienen preceptos relativos a dicha categoría de bienes; y en el *VIII*: “De la enajenación de bienes troncales”.

La Compilación ha adoptado el orden sistemático seguido por los Proyectos de Apéndice al Código Civil elaborados por la Comisión Especial Codificadora y por el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, en los años 1900 y 1928, respectivamente.

El enunciado del título *VIII* de aquéllo se ciñe más adecuadamente a su contenido que los enunciados del título *XII* en el Proyecto de la Comisión: “De la compraventa y la permuta”; y en el del Colegio: “De las transmisiones a título oneroso”.

El otro lugar en el que aparece el término “Troncalidad” es el aludido artículo 6.º, declaratorio de que “La troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado”. Y enumera, a continuación, los que “A este efecto son bienes raíces”:

La Compilación presenta en este artículo la troncalidad como una cualidad incorporada a la relación de parentesco. Así, resultan perfectamente idóneos los conceptos y expresiones correlativas de parentesco troncal y de pariente tronquero, contrapuestos a los de parentesco no troncal y parientes no tronqueros.

Al parentesco troncal se refiere expresamente el artículo octavo; y al pariente tronquero el séptimo.

A la cualidad de tronquero en la persona corresponde la condición de troncal en el bien. Bienes troncales les llama la Compilación en varios de sus artículos: el noveno, el décimo, el veintidós, etcétera; así como también se refiere a bienes, llamándolos no troncales.

Las denominaciones de parientes tronqueros y bienes troncales ¿fueron ya empleados en los cuerpos forales vizcaínos?

El Fuero Viejo habla de “descendientes o ascendientes o de traviesa”; Cap. 111, de “descendientes o parientes propincuos de traviesa”; Cap. 114; de “parientes más cercanos de la línea donde penden los tales bienes”; Cap. 106, 121, 135; de “parentesco o propincuo”; Cap. 121; de “abolengo o propincuo”; Cap. 149; de “parientes propincuos”; Cap. 70, 84, 90, 110, 129; de “propincuo”; Cap. 84 y 85. No conoce la expresión de “tronquero”: Y, por lo que respecta a los bienes, siempre usa la denominación de raíz; y sólo en el Título del Capítulo 121 puede leerse “Título de los mejoramientos en lo troncal de otro”, si bien en el cuerpo del Capítulo, la referencia es a “heredades que vienen de parte del marido” y a “lo que viene de parte de la mujer”.

En el Fuero de las Encartaciones vemos “propincuos” en significación de proximidad de parentesco; Ley 22; y “tronqueros” en la Ley 24, y “tronco”, en sentido de relación parenteral, en la 25. Pero para los bienes siempre emplea la denominación de raíz, como puede verse en la Ley 27: “... que la raíz finque siempre a los parientes más propincuos del tronco de donde depende la tal raíz”. Excepcionalmente llama tronco a los bienes. Así en la Ley 2.^a del Título 2.^o “... el que fincare vivo que se vaya con su tronco enterramente salvo... la mitad de la raiz y tronco”. En cambio, en la misma Ley 2.^a del Título 2.^o; “vuelba la tal raiz al tronco”.

En el Fuero de 1526, encontramos a la institución llamada por su propio nombre: “troncalidad”; Ley 3.^a del Título 17. Y menciona en la Ley 14 del Título 20 a los “profincos tronqueros”; en la

18, a los “parientes profincos de traviesa del tronco”; en la Ley 6.^a del Título 21, a los “tronqueros profincos de traviesa”; en la 10, a los “herederos profincos y tronqueros”. Aparece designada con el nombre de “tronco” la línea parenteral en las Leyes 2.^a y 3.^a del Título 17 y 8.^a del Título 20. Y tras de decir la Ley 1.^a del Título 20 que toda la raíz de Vizcaya es troncal, se refiere a los “bienes raíces o tronco”; y la 15.^a habla de los “bienes troncales” y de los “bienes que no son troncales”.

Y ya metidos en materia de denominaciones, no silenciaremos que el derecho de saca es llamado “retrato” en la Ley 3.^a del Título 3.^o del Fuero de las Encartaciones, y en las Leyes 3.^a y 8.^a del Título 17 del Fuero de 1526. Así como la Ley 1.^a del Título 19 de éste, para los casos de empeño de bienes raíces, establece que “el pariente más profinco de aquella línea tenga derecho de ofrecer al acreedor lo que dio sobre ello, y se lo pueda sacar por el tanto . . .” Y de “sacar” habla la Ley 6.^a del Título 17. En lo que ya le había antecedido el Fuero de las Encartaciones: “Como y en que tiempo el tronquero que es fuera de la tierra puede sacar la heredad o casa de su herencia y tronquería que fue vendida”; Ley 4.^a del Título 3.^o. A ambos se les había adelantado la Ley 230 de las llamadas del Estilo: “Otrosi, en tierra de León, las heredades, e las otras raíces que vienen de patrimonio, o de abolengo, y las vende aquél cuyas son, y viene el pariente más cercano, a quien fue hecho saber por el vendedor que quiere vender la heredad, y quiérela sacar . . .”

La Compilación reserva el calificativo de tronquero para aplicarla al pariente, mientras que tanto aplica el adjetivo “troncal” al parentesco, y así lo hace en el artículo 8.^o, como a los bienes: artículos 9.^o, 10, 11, 22, 24, 28, 29, 32, 34, 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 59; e incluso, excepcionalmente, al hecho de la adquisición de esta clase de bienes: “. . . sin perjuicio de la sucesión troncal de los bienes a que se refiere el párrafo tercero del artículo séptimo”, se lee en el artículo 35; y “la sucesión que no sea troncal”, en el 8.^o. “Tronco” llama a la línea parenteral, en el artículo 9.^o

[3]

«La troncalidad en el Derecho Foral de Vizcaya»

SCALA, J. M.:

En *Urbis*. 1963, núm. 39, págs. 35-49

LA TRONCALIDAD EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA

(CONTINUACION)

*Por JOSÉ MARÍA SCALA,
Abogado del Ilustre Colegio
de Bilbao.*

BIENES RAICES

La cualidad de tronquero no depende de modo absoluto de las posiciones relativas ocupadas en la relación parenteral. Para que pueda apreciarse la concurrencia de troncalidad entre dos personas, es preciso, evidentemente, que medie el parentesco. De tal manera, que quienes no se hallan unidos por relación de parentesco, no pueden ser tronqueros. Mas, personas que ocupan una determinada posición en la relación de parentesco, serán parientes tronqueros en unos casos, y no lo serán, en otros. Y así, quien es tronquero de un su pariente, no lo es, en cambio, de otro que ocupa la misma posición relativa.

Pero tampoco acertaría quien creyera que la posición ocupada por dos personas en la relación parenteral es indiferente para la concurrencia de la troncalidad entre las mismas, pues la distancia que las separa constituye una limitación.

Por ello, parientes en cierto grado pueden ser tronqueros o no serlo. Mientras que desde cierto grado de parentesco queda excluida la troncalidad. Y, a su vez, hay parientes que, para la Compilación, son siempre tronqueros.

Todo esto es simple y forzosa consecuencia de que la troncalidad está determinada por un factor ajeno a la relación parenteral. Y este factor es, precisa y necesariamente, un bien raíz sito en el Infanzonado.

Supuesto indispensable para que la troncalidad intervenga es la raíz sita en el Infanzonado. Y, así, no puede ser apreciada sino en función de un bien que reúna tal doble característica.

La Compilación enuncia el principio exactamente con las mismas palabras que los Proyectos del Apéndice. Y, como estos, se ha visto en la necesidad de fijar los conceptos de bien raíz y de Infanzonado.

Pero, entendamos bien. Fija el concepto de bien raíz solamente a "este efecto": al de determinar el parentesco troncal entre dos personas.

"A este efecto —dice el artículo sexto— son bienes raíces:

Primero. Los comprendidos en los números primero a séptimo, inclusive, del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Civil.

Segundo. Las sepulturas en las Iglesias".

El artículo 334 del Código Civil, dedicado a enumerar los bienes inmuebles contiene los siguientes apartados:

"1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4.º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5.º Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6.º Los viveros de animales, palomares, colmenas o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7.º Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8.^º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanezca unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.

9.^º Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10.^º Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

Los dos Proyectos de apéndice enumeraban, en sus respectivos artículos séptimos, los bienes que habrían de considerarse raíces a efectos de la troncalidad. La Compilación se separa de ese sistema, y con el adoptado de referir la cualidad de raíz a los bienes calificados inmuebles en los siete primeros números del artículo 334 del Código, abre la posibilidad de que se suscite en el futuro el problema de la extensión de la cualidad de raíz a los efectos de la troncalidad.

Con los Proyectos no cabía tal cuestión, ya que, señalados en ellos específicamente los bienes raíces, no resultarían afectados por los cambios de criterio en el artículo 334. Mientras que a la vista del artículo sexto de la Compilación, podemos preguntarnos qué consecuencia se producirá si se incluye en uno de los siete primeros números del artículo 334 del Código algún bien que actualmente no figura en ellos, o si es arrancado de los mismos cualquiera de los bienes que allí se mencionan.

Podrían verse envueltos en la duda cuantiosos intereses, como ocurriría si se reformara el artículo 334 llevando a uno de sus siete primeros números las minas, que ahora están en el 8.^º Y mencionamos las minas porque ya dieron su guerra, habiéndose visto el Tribunal Supremo en la oportunidad y precisión de declarar que no eran bienes raíces sujetos al derecho de troncalidad: Sentencias de 22 de marzo de 1877, 23 de febrero de 1882, 26 de febrero de 1885, 23 de diciembre de 1885, 14 de abril de 1886. Advirtiendo la de 23 de febrero de 1882 que "no hay antecedentes de haberse ejercitado en Vizcaya, respecto a minas, el derecho de troncalidad". Y es que, como pintorescamente escribía D. Diego Angulo, el Fuero "no dictó sus leyes para los actuales poderosos mineros de Bilbao, sino para los modestos caseros de Echevarría y Berriatúa; no supuso que las entrañas de Somorrostro habrían de suministrar nuevos motivos para que la raza demostrara su espíritu emprendedor; sólo

tuvo en cuenta los tranquilos y apacibles montes de Xemein, donde los cultivadores de la tierra desenvuelven su vida con ese holgado bienestar que hace innecesaria en aquellos lugares la solución del problema agrario” (51).

La solución correcta parece que viene dada por la consideración de que la Ley Foral ha querido declarar bienes raíces a efectos de la troncalidad precisamente a los comprendidos en los actuales siete primeros números del artículo 334, y no a otros. Los declara raíces, no porque figuren en un determinado apartado del artículo, sino porque le merecen la consideración de tales.

Puede observarse que la atribución de la calidad de raíz a efectos de la troncalidad no es caprichosa, pues en los siete primeros números del artículo 334 están señalados la casa; sea vivienda: urbana; o caserío: rústica; las tierras y los bienes destinados a su explotación. Todos inmuebles, o por naturaleza, o por incorporación o por destino (52).

A nuestro juicio, deberá ser mantenido el catálogo de los bienes raíces a efectos de la troncalidad, aún cuando la relación de los bienes inmuebles dada en el artículo 334 del Código resulte modificada.

No vemos inconveniente para ello, porque el Código otorga a determinados bienes el carácter de inmueble con alcance absoluto, mientras que la Compilación lo hace sólo a los efectos de la troncalidad. Por eso resulta posible, ahora mismo, que las minas sean inmuebles pero no raíz foral.

Literalmente entendido el precepto de la Compilación; puesto que al calificar de raíz foral a los bienes comprendidos en los números 1.^º al 7.^º del artículo 334, deja excluidos de la calificación a los enumerados en los números restantes; literalmente entendido, conduce a negar la cualidad de raíz a las canteras.

Jado, refiriéndose a la discusión del Apéndice, dice: “Se especificaron, pues, qué bienes raíces son troncales, considerando como tales los mismos que el Código Civil llama inmuebles en su artículo 334, números 1.^º al 7.^º ambos inclusive, pero no los demás” (53).

En una consideración primaria, parece que, por un elemental motivo de analogía, la cantera debe seguir la misma suerte que la mina. Pero la analogía se desvanece, a nuestro entender, a la luz de

la legislación minera. Pues así como la mina tiene que ser concedida por el Estado; de manera que mientras no se produzca la oportuna concesión administrativa podrá decirse que en un terreno hay mineral, pero no una mina; las rocas, cuya explotación constituye la cantera, pertenecen en propiedad al dueño del terreno; artículo 4.^º de la Ley de 19 de julio de 1944.

El concesionario de una mina puede ceder su concesión: puede vender su mina; aunque no pueda entrar en la venta el terreno en que está sita, por ser de otro dueño. Y, a la inversa, el propietario de un terreno puede venderlo a quien quiera, sin que lo impida la existencia de una concesión minera subyacente. Mientras que al venderse el terreno, irá comprendida en la venta la cantera abierta en el mismo. Por lo tanto, si el terreno es raíz troncal, también lo será la cantera.

El que venda una cantera, vende también, por necesidad, el terreno en que está abierta; por lo que la cantera resultará, también en este caso, afectada por la cualidad troncal del terreno.

En cambio, las escombreras no tienen la cualidad de raíz troncal, porque pertenecen al dueño de la mina en tanto no quede caducada; artículo 21 del Reglamento de 9 de agosto de 1946. Y si se produce la caducidad de la mina, la escombrera, simplemente superpuesta sobre el terreno, puede ser vendida con independencia de éste.

También deja fuera la Compilación a los manantiales. Pero no ofrece duda que el manantial participará del mismo carácter que la finca en que brote o mane, porque las aguas que en los predios nacen, continua o discontinuamente, pertenecen al dueño respectivo, para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios; artículo 5.^º de la Ley de 13 de junio de 1879.

Y, en cualquier caso, no puede parecer razonable que el manantial se sujeté a reglas de transmisión diferentes a las que imperan sobre el predio del que forma parte.

No obstante esta consideración que parece elemental, la Compilación excluye del carácter de raíz a efectos de la troncalidad, a las aguas vivas y las estancadas, comprendidas en el número 8.^º del artículo 334 del Código Civil. Y debemos preguntarnos las consecuencias de la exclusión.

El dominio privado sobre las aguas manantiales, admitido por el artículo citado de la Ley de aguas, queda reconocido en el artículo 408 del Código Civil. "Son de dominio privado: 1.º las aguas continuas y discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos". Y estas aguas, bien inmueble de dominio privado, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, según las normas que a ello dedica el artículo 71 del Reglamento de 14 de febrero de 1947, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, ya como una cualidad de la finca de que forman parte, haciendo constar en la inscripción del predio la existencia de las aguas; ya como una finca independiente, inscribiéndolas con separación de aquella en que nacieron.

Roca Sastre, en la página 130 del tomo 2.º de su "Derecho Hipotecario" (5.ª ed.), dice que "generalmente el agua se muestra como accesorio de la tierra y sin vida autónoma e independiente"; pero admite, cinco páginas más adelante, que "el agua y el terreno son dos objetos distintos de propiedad".

Por esto, el dueño del terreno en que surge un manantial puede disponer del agua cediéndola a otra persona. Así lo estiman Gay de Montellá, en la página 82 de su Tratado de la Legislación de Aguas", y Cerrillo Quílez, en el tomo 1.º de la obra "Régimen Jurídico-Administrativo de las Aguas Públicas y Privadas". El "dominio o titularidad (del agua manantial) —se lee en la página 136 de la citada obra de Roca— puede pertenecer al mismo dueño de la finca o a otra persona". Y añade líneas después: "Esta persona distinta del dueño de la finca donde el agua se encuentra, tiene sobre ésta un derecho ordinario, como todo derecho sobre una cosa". Y ya una Sentencia de 27 de diciembre de 1892 establecía que "los dueños de las aguas privadas tienen pleno y perfecto derecho para aprovecharlas o cederlas gratuitamente o a título oneroso".

No ofrece duda que el dueño de un manantial, diferente del dueño del predio en que nace, puede disponer del agua en la misma forma y con igual libertad que de cualquier raíz que no sea troncal, que no sea determinante de la troncalidad. Y, realmente, no se nos ocurre motivo ninguno para que no haya de ser así.

Tampoco es dudoso que el dueño de un predio puede ceder a una persona el manantial que en dicha finca nace, sin interferencia de la troncalidad. Esto ya parece menos razonable que lo anterior,

pues el agua es, en una consideración primaria, un elemento accesorio del predio, y su utilidad natural y primordial es servir al suelo y su explotación; y al separar su régimen dominical del impuesto al terreno, y permitir el divorcio de las titularidades dominicales sobre la una y el otro, se priva a quien en una eventual transmisión futura de la finca haya de adquirirla por virtud de la institución troncal, de un elemento que no sólo reviste real importancia para la explotación del suelo, sino que es accesorio de éste y, por naturaleza, tiene su origen entrañado en el mismo terreno.

Pero esto, que podría ser motivo para abogar por una política legislativa de limitación del dominio, que impidiera en todo caso, la desmembración del suelo y del agua en él manante, no sirve para fundar la exigencia de un régimen legal en el que el agua ostentara la cualidad de bien determinante del parentesco troncal, porque en el momento de realizarse la cesión del agua no se halla precisado e individualizado el futuro eventual adquirente, en función de troncalidad, del terreno.

En Vizcaya son numerosos los caseríos con molino que aprovechan la fuerza motriz del agua. Pero ellos no originan cuestión, a nuestro entender, en materia de troncalidad. Pues el molino constituye un aprovechamiento que se rige por los artículos 174 y concordantes de la Ley de aguas. Y sabido es que, conforme al 153, las aguas concedidas para un aprovechamiento no pueden aplicarse a otro distinto sin la formación de expediente, como si se tratara de una nueva concesión.

Desde luego, la Compilación no ha invocado nada al no conceder al agua calidad troncal, pues tampoco se la reconocía el Fuero. "El Fuero —dice Jado en la página 285 de su obra— cuando habla de bienes raíces troncales se refiere siempre a bienes que son inmuebles por naturaleza, sean rústicos o no, como tierras, heredades, casas y caseríos, ferrerías y molinos. Como dice el Sr. Chalbaud, las leyes de la troncalidad del Fuero en cuanto a la extensión de los bienes no se refieren sino al suelo y a lo en él plantado y edificado.

La troncalidad entraña una acusada limitación en el poder de disposición de los bienes. Y esto constituye una razón suficiente para que el catálogo de bienes raíces adoptado en el artículo sexto no sea susceptible de ampliación por motivos de analogía.

“Considerando —dice la Sentencia del Supremo de 10 de marzo de 1914— que como el principio de la troncalidad ataca el de la libre disposición, tanto intervivos como mortis causa, las leyes que lo regulan han de interpretarse en sentido restrictivo”.

Respecto a las sepulturas en las Iglesias, su consideración como raíz foral es explicada por Jado: “Aunque ya no estén permitidos los enterramientos en las iglesias, subsiste, sin embargo en la tierra llana, la costumbre de colocarse las mujeres en las fiesta religiosas y principalmente para asistir a la misa sobre las sepulturas en que fueron enterrados los antepasados de su familia, cubriéndolas con un paño negro y colocando sobre él unas velas o cerillas, honrando así la memoria de los deudos difuntos . . .”

En el Fuero, la propiedad de la sepultura en la iglesia iba unida a la casería, pertenecía de derecho al heredero o donatario de la casería, y se consideraba como raíz troncal” (54).

El carácter de raíz unida al caserío ya se les otorgaba en el Fuenro Viejo, cuyo Capítulo 115 establecía que “cuando alguno hobiese algún solar o casa o tuviere fuesa en la iglesia donde es parroquial e el tal mandare aquel solar e casa a algún su fijo o fija non faciendo mención de las tales fuesa o fuesas en su postrimera voluntad, o al tiempo de fermamiento, que en tal caso todos sus herederos hayan la tal fuesa o fuesas comunmente, pero aquel a quien la tal casa o solar dejarse haya de mejora la citada de la cabecera de la tal fuesa”. Precepto reproducido en la Ley 19 del Título 20 del Fuenro de 1526. Este, en la Ley 14 del mismo título, ordena que cuando se da la casa con todos sus pertenecidos: “dentro de la tal generalidad se comprendan y se han visto comprenderse huesas, y asentamientos de la iglesia, y otros cualesquier bienes raíces, pertenecientes a la tal casa y casería”.

La Compilación mantiene el carácter de raíz troncal para las sepulturas en las iglesias. Pero esta declaración carente de desarrollo ulterior, no autoriza a concluir que la sepultura haya de entenderse comprendida tácitamente en la donación, la venta o la designación de heredero del caserío.

Nos fundamos en un precepto de la misma Compilación. Su artículo doce, conforme al cual, “La transmisión a título gratuito de un caserío con sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en

contrario, el mobiliario, semovientes y aperos de labranza existentes en el mismo". No menciona las sepulturas en las Iglesias.

La Compilación se ha limitado a copiar, en este particular, el Proyecto de Apéndice elaborado por el Colegio de Abogados.

¿Qué consecuencias prácticas se derivan de la consideración de las sepulturas como raíz a efectos de la troncalidad? Simplemente la que señalaba el artículo 126 del Proyecto de la Comisión codificadora: que están sujetas a los preceptos de la Compilación sobre los bienes troncales. En relación con este tema de las sepulturas en las iglesias debe recordarse lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto de 22 de Diciembre de 1960: "Restringidas las inhumaciones fuera de cementerios comunes, sólo podrán efectuarse en recintos de carácter religioso las de los cadáveres de personas cuyo privilegio a este efecto esté legalmente reconocido". Y que, según la tabla de vigencias inserta al fin de dicho Decreto, permanece en vigor la Real Orden de 18 de julio de 1887, prohibitoria de la inhumación fuera de los cementerios comunes, con las excepciones que señala. Y que la inhumación en las iglesias está también prohibida por el canon 1.205 del Código de Derecho Canónico.

En cuanto a la costumbre a que se refiere Jado, advierte García Royo que "el derecho de los fieles al espacio llamado "sepultura" (fuesas en Navarra) ... por práctica inveterada se transmite con la propiedad de la casa a la que se considera adscrito: no se enajena una cosa eclesiástica, sino un honor de precedencia transmisible" (55).

BIENES EN EL INFANZONADO

No es suficiente la cualidad de raíz para que el bien determine la troncalidad en el parentesco. Es indispensable, además, que esté situado en el Infanzonado. Y el Infanzonado es, por declararlo así el artículo segundo de la Compilación, que lo llama también tierra llana, "todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, la ciudad de Orduña y todo el término municipal de Bilbao". Pero, como según el artículo tercero, "en la denominación de villa, respecto de las doce no aforadas enumeradas en el artículo anterior, se comprende todo el

territorio incluído en el perímetro actual o futuro de sus respectivos núcleos urbanos"; y otro tanto para la ciudad de Orduña; y se rigen por el Código Civil, en virtud de presunción de su anexidad al núcleo, las heredades y tierras inmediatamente contiguas a sus núcleos urbanos, salvo que, constituyendo pertenecido de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo; y también por el Código, en virtud de la misma presunción, los inmuebles, enclavados en término municipal de Villa y destinados a explotación industrial o a uso o actividad no agrícola, o que no constituyan pertenecido de un caserío, o que estén afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados; resulta que serán raíz determinante de la troncalidad:

Las fincas urbanas, caseríos y tierras, sean o no pertenecidos de caserío, sitos en los términos municipales siguientes:

Abadiano, Abanto y Ciérvana, Amorebieta-Echano, Amoroto, Aracaldo, Aránzazu, Arbácegui y Guerricaiz, Arcentales, Arteaga, Arrancudiaga, Arrazua, Arrieta, Artigorriaga, Baquio, Baracaldo, Barrica, Basauri, Berango, Berriatúa, Bérriz, Busturia, Carranza, Castillo Elejabeitia, Ceánuri, Ceberio, Cenarruza, Cortézubi, Derio, Dima, Ea, Echavarri, Echevarría, Elanchove, Elorrio, Ereño, Forua, Frúniz, Galdácano, Galdames, Gámiz-Fica, Garay, Gatica, Gordejuela, Górliz, Gorocica, Guecho, Güeñes, Guizaburuaga, Ibarrenguelua, Ibárruri, Ispáster, Izurza, Larrabezúa, Lauquíniz, Lejona, Lemona, Lemóniz, Lujua, Mallavia, Mañaria, Maruri, Medata, Mendeja, Meñaca, Miravalles, Morga, Múgica, Mundaca, Munguía, Murélaga, Murueta, Musques, Navárniz, Orozco, Pedernales, Rigoitia, San Salvador del Valle, Santa María de Lezama, Santurce Antiguo, Santurce-Ortuella, Sestao, Sondica, Sopelana, Sopuerta, Trucios, Ubidea, Urdúliz, Valle de Achondo (formado por los pueblos de Apatamónasterio, Arrázola y Axpe-Marzana) Vedia, Villaro, Yurre, Zaldívar, Zalla, Zamudio, Zarátamo, Zollo.

El valor de la norma es absoluto: toda raíz, sin excepción, situada en cualquier punto de los municipios relacionados es determinante de la troncalidad. Como se dice abreviadamente, es raíz troncal. Sin que obste a ello que, como ocurre con Elorrio, Larrabezúa, Miravalles, Rigoitia y Villaro, sean villas. Y aunque en algún barrio viniese rigiendo el Código Civil, que es lo que ocurría en lo

que fue villa de Guerricaiz, del municipio de Arbácegui y Guerricaiz, constituido con la villa y con la anteiglesia de Arbácegui por acuerdo de la Excmo. Diputación de Vizcaya de 28 de noviembre de 1882; en el casco de Elorrio y en el de Miravalles; en el territorio del casco de lo que fue villa de Munguía, constituida en municipio único con carácter de anteiglesia por fusión de la anteiglesia de Munguía y la villa de Munguía, por acuerdo de la Excmo. Diputación de Vizcaya de 6 de septiembre de 1900; en los barrios de la Chicharra, y de Peñota del municipio de Santurce Antiguo, que se segregaron de la villa de Portugalete por Real Orden de 31 de mayo de 1866.

Cuantas disputas se han suscitado sobre el Derecho Civil vigente en las localidades citadas y en alguna otra, como la de Ceberio, tienen valor puramente arqueológico. El curioso puede encontrarlas en Plaza (56) y en Jado (57). Y los vecinos de Elorrio no hallarán utilidad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1956.

Determinan también la troncalidad, en los doce municipios que la Compilación, para distinguirlos de aquellas villas en cuya total extensión rige el Derecho foral, llama villas no aforadas y en la ciudad de Orduña:

Las heredades y tierras que, aun estando inmediatamente contiguas al núcleo urbano, sean pertenecido de un caserío y respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo. El texto legal no ofrece duda. Para que no se rijan por el Código Civil, es preciso que reúnan las dos condiciones: ser pertenecido de caserío y responder a la unidad de explotación agrícola del mismo. Si falta la segunda, aunque concurre la primera, la heredad o la tierra contigua al núcleo urbano no serán determinantes de la troncalidad.

Los terrenos que, no comprendidos en el núcleo urbano ni inmediatamente contiguos al mismo, constituyan pertenecidos de un caserío y se dediquen a usos o actividades meramente agrícolas.

Las construcciones en las mismas circunstancias que los terrenos.

Creemos que la dedicación a usos o actividades meramente agrícolas debe entenderse como equivalente al requisito de responder a la unidad de explotación agrícola del caserío. Pues no se ve razón para que en el caso de contigüidad al núcleo, la característica que

incluye al bien en la calidad de raíz foral sea constituir unidad de explotación agrícola con un caserío, y en el de discontinuidad, hayamos de atenernos a una característica diferente.

No determinan la troncalidad: Ninguna raíz existente en cualquier punto del término municipal de Bilbao, que es tan villa: la muy Noble, muy Leal e Invicta Villa; como las que la Compilación llama no aforadas. Sin embargo, como en estas villas coexisten las dos legalidades, y en Bilbao sólo rige el Derecho común, para evitar toda posible confusión sobre el régimen civil de la Capital, la Compilación no la incluye en la relación de villas no aforadas.

En las doce villas no aforadas y en Orduña:

Los inmuebles comprendidos en el perímetro de su núcleo urbano. Dentro del núcleo urbano no hay excepción: ninguna raíz puede ser determinante de troncalidad.

Las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano, que no sean pertenecidos de un caserío.

Las heredades y tierras inmediatamente contiguas al núcleo urbano, que sean pertenecidos de un caserío, pero que no respondan a la explotación agrícola del mismo.

Los terrenos afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados. Tanto da que estén contiguos al núcleo urbano como que no lo estén. Lo decisivo y única circunstancia a considerar es que el plan les afecte.

Las construcciones que estén destinadas a una explotación industrial. Las construcciones así señaladas por la Compilación son las levantadas fuera del núcleo urbano, no contiguas al mismo y tampoco afectadas por el plan de urbanización.

Las construcciones que estén destinadas a actividades distintas de las meramente agrícolas. Por ejemplo, un edificio alquilado a una Congregación religiosa para convento, un edificio de viviendas aislado, un edificio ocupado por una sociedad recreativa, un chalet de veraneo, aunque tenga jardín. De ellas ha de decirse lo que de las anteriores.

Las construcciones que no sean pertenecidos de un caserío. Relacionada esta circunstancia con las de los casos anteriores, parece que ha de entenderse que la construcción no determina la troncalidad, si no es pertenecido de un caserío, aunque esté destinada a uso o

actividad meramente agrícola. Y, al revés, que la construcción que sea pertenecido de caserío, si está destinada a usos o actividades distintos de los meramente agrícolas, no servirá para determinar la troncalidad.

También estas construcciones son las alzadas fuera del núcleo urbano, no contiguas y no afectadas por plan.

Los terrenos no comprendidos en el núcleo urbano, no contiguos al mismo y no afectados por plan de urbanización oficialmente aprobado, destinados a explotación industrial, a usos o actividades distintos de los meramente agrícolas o que no sean pertenecidos de un caserío. Mutatis mutandi, vale lo dicho para las construcciones.

Llama la atención que el apartado b) del artículo tercero se refiere a los espacios de terreno afectados por planes de urbanización, y no, en cambio, a los edificios sobre tales terrenos. Y claro está que una edificación puede resultar afectada por el plan, lo que no ha podido pasar inadvertido para el legislador. No es creíble que la falta de alusión a los edificios obedezca a olvido, y hemos de pensar que es deliberada. Pero tampoco se ofrece motivo ni razón justificativos de que un terreno afectado por el plan de urbanización no determine la troncalidad, y, sí la determine un edificio: que sea raíz foral la construcción, y no lo sea el suelo. Por ello, ha de entenderse que la omisión de los edificios se debe, simplemente, a que la Compilación da por supuesto que la construcción participa de la misma suerte y carácter que los del terreno en que se asienta.

Por el contrario, y por un motivo obvio, es perfectamente comprensible que no se hable de construcciones inmediatamente contiguas al núcleo urbano.

La troncalidad viene determinada por una raíz sita en el Infanzonado, dice el artículo sexto. Infanzonado designa, en el segundo, todo el territorio vizcaíno, excepción hecha de las doce villas no aforadas, Orduña y Bilbao. Luego, podría entenderse, los bienes raíces contenidos en los términos municipales de las doce villas y Orduña, no son en ningún caso ni circunstancia, determinantes de la troncalidad; quedan excluidos de la calidad de troncales.

Pero el alcance del concepto de villa no aforada queda fijado en el artículo tercero, limitándolo al territorio incluido en el perímetro actual o futuro del núcleo urbano. De lo que se sigue que, en principio, es Infanzonado todo el territorio de Vizcaya, salvo el in-

cluido en el perímetro del núcleo urbano de las doce villas no aforadas y de Orduña: no hay por qué ocuparse de Bilbao. Y de aquí que, también en principio, el bien raíz sito en Vizcaya, en anteiglesia, o en villa aforada, o fuera del perímetro del núcleo urbano de una villa no aforada o de Orduña, será raíz sita en el Infanzonado, y determinará la troncalidad.

No es ninguna de las dos cosas: la primera conclusión pecaría por defecto; y la segunda, por exceso. Porque el mismo artículo tercero establece una presunción de anexidad al núcleo urbano para determinadas fincas que, a no ser por tal presunción, exigirían la consideración jurídica de raíces sitas en el Infanzonado; y dispone que se rijan por el Código Civil. Fincas que, según resulta de las definiciones descriptivas de Infanzonado y de villa no aforada, están sitas en el Infanzonado o tierra llana; concepto que en manera alguna puede ya identificarse con el de anteiglesia; pero que, a efectos de su régimen civil, son desgajadas del Infanzonado y, en virtud de la presunción de su anexidad al núcleo urbano, sometidas expresamente al Código.

Dichas raíces son las que quedan enumeradas como no determinantes, en ningún caso, de la troncalidad en el parentesco. En ningún caso, entiéndase bien, en tanto que cumplan las condiciones o circunstancias básicas de la presunción de anexidad al núcleo urbano de la villa.

Ciertamente, la Compilación no dice que tales bienes queden excluidos de la condición de troncales. Pero no ofrece duda, porque al quedar bajo el régimen de Derecho civil común, no pueden tener proyección sobre ellos las normas reguladoras de la troncalidad.

Privados tales bienes del carácter de raíz foral ¿pueden llegar a adquirirla? Evidentemente. Bastará, para poner un solo ejemplo, que se modifique un plan de urbanización dejando fuera del mismo una finca; y cátate a Periquito hecho fraile. Queremos decir que la finca aneja al núcleo urbano habrá dejado de serlo, y, como sita en el Infanzonado, plenamente regida por la Compilación, hecha tan flamante raíz foral que no habrá más que decir.

Parécenos que el mayor defecto del sistema adoptado por la Compilación es que carece de sistema; lo que ya se refleja en la con-

fusión terminológica, pues, como dijimos en el estudio sobre la aplicación territorial del Derecho compilado, "la palabra Infanzonado no tiene el mismo sentido en el artículo segundo y en el sexto. Y que si bien el artículo segundo refiere el Infanzonado al territorio de la Provincia menos las 12 villas, Orduña y Bilbao, esta referencia ha de ser rectificada conforme a lo que resulta del artículo tercero. Y así ha pasado a ser Infanzonado el sector rural de las 12 villas no aforadas y ciudad, menos las zonas o las fincas anejas al núcleo urbano. Con lo que el concepto de Infanzonado ha perdido toda precisión y toda fijeza territorial" (58).

Consecuencia de esa falta de un sistema ajustado a la realidad de las cosas es la diversidad de criterios y el casuismo desmesurado que la Compilación adopta para discriminar la calidad troncal o no troncal de los bienes; así como la mutabilidad de la condición de algunos de ellos.

Y, sinceramente, no se nos alcanza el fundamento de que se atribuya carácter troncal a un taller de tornillería en pleno casco de Baracaldo o a un Palacio en la zona residencial de Neguri, al par que otro taller en la zona rural de Portugalete y otro Palacio en la de Plencia están excluidos de la troncalidad. Ni nos parece enteramente razonable, a pesar de las explicaciones ofrecidas en la Exposición de Motivos, que sean troncales los caseríos de Sestao y de Guernica, y no los del rural y escondido barrio de Buya, en Bilbao.

En esta materia, la Compilación se ha separado completamente de la solución en que coincidieron los dos Proyectos de Apéndice. Conforme a ellos, el territorio de las villas habría de regirse todo él por el Código Civil. Y, en consecuencia, dentro de tales términos municipales ningún bien tenía ni podía tener el carácter de raíz foral. En ellos no había cabida para bienes troncales.

[4]

«La troncalidad en el Derecho Foral de Vizcaya»

SCALA, J. M.:

En *Urbis*. 1963, núm. 41, págs. 11-26

LA TRONCALIDAD EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA

(CONTINUACION)

*Por JOSÉ MARÍA SCALA, Abogado
del Ilustre Colegio de Bilbao.*

Ahora es muy diferente, extraordinariamente engoroso. Y abruma pensar las vacilaciones en que se verá envuelto el Notario que haya de autorizar una escritura de venta de un terreno en la zona rural de cualquiera de las villas aforadas o de la vecindad de Orduña. ¿Deberá o no practicar los llamamientos a los tronqueros? Si lo hace, ¿no creará con ello una ficción, reconociendo el derecho preferente a la adquisición en quien en justos términos no está asistido de la preferencia? Y si no lo hace, ¿no dejará al comprador expuesto a quedar privado del bien que quiso y creyó adquirir dentro de la más plena licitud?

Porque no puede desconocerse que el Notario, en el ejercicio propio de su delicada función de dar seguridad a los negocios jurídicos en que interviene, habrá de decidir sin intervención de los ajenos a la venta, sin controversia y sin prueba ninguna; que no puede exigirla; ni más elementos de juicio que los proporcionados por los otorgantes de la escritura. Y para resolverse a aconsejar sobre la necesidad o extemporaneidad de los llamamientos, ha de partir de la calificación del bien objeto de la venta, en orden a su índole de determinante o no de la troncalidad. Lo que, atendidas las normas de la Compilación, no puede hacerse sin que a ello preceda la investigación de las circunstancias objetivas que reviste el inmue-

ble. Sin que sea suficiente establecer si está o no comprendido en Plan de urbanización aprobado; ni, lo que no en todos los casos resultará sencillo; si es o no inmediatamente contiguo al núcleo urbano, que el mismo Notario habrá de delimitar en cada ocasión o poco menos, dada la rapidez con que el núcleo de poblaciones industriales, como Guernica o Durango, por ejemplo, experimenta la constante expansión de que somos testigos. Sino que habrá de bucear en cuestiones tan falibles y escurridizas como la de si se trata o no de pertenecido de un caserío; si se destina a actividad meramente agrícola: muy de tener en cuenta la inclusión, sólo aparentemente inocua, del adverbio; y aun la de, si constituyendo pertenecido de un caserío, responde el terreno a la unidad de explotación agrícola de aquél. Pues únicamente después de fijar tan numerosas y sutiles particularidades habrán quedado reunidos los presupuestos que han de ser tomados en consideración para concluir si el bien que se trata de vender es o no determinante de la troncalidad; y, en consecuencia, si la venta debe o no ir precedida de la formalidad de los llamamientos a los posibles parientes tronqueros. Formalidad que, por representar un retraso y un gasto, no puede imponerse ni siquiera proponerse a los otorgantes del contrato, de modo sistemático, sino sólo en los casos en que resulte necesario. Y, aunque sea adelantando acontecimientos, aclararemos que el anuncio de la venta solamente es necesario, según el artículo cincuenta y dos, en relación con el cincuenta y tres, de la Compilación, en las transmisiones onerosas de bienes troncales. Y, por lo tanto, extemporáneo, superfluo y, además de ello, peligroso, si lo que va a venderse no es un bien determinante de la troncalidad.

Sin pretender la más mínima autoridad, poniendo por delante el reconocimiento de lo muy menguado del propio saber, nos atrevemos a opinar que las normas a que uno ha de atenerse para calificar un bien como determinante de la troncalidad han de ser entendidas en el más estricto sentido de sus términos; que su interpretación debe ser rigurosamente literal; y que no se otorgará tal calificación sin comprobar antes que en el bien no concurre ninguna de las circunstancias que la ley ha querido señalar como excluyentes del carácter de troncal.

La afirmación del Fuero: "Por ser toda la raya de Vizcaya troncal"; Ley 1.^a del Título 20; cualquiera que fuese su verdadera

significación y alcance, tan discutidos; ha caducado. En un primera discriminación, los raíces sitos en el Infanzonado; dentro del que se halla incluida la superficie del término municipal de las Villas aforadas y Orduña, exterior al perímetro de sus núcleos urbanos; están regidos: unos, por la Compilación; otros, por el Código Civil. Están sujetos al Código los que revisten las circunstancias que, según los respectivos casos, señala el artículo tercero de la Compilación. Y solamente los bienes no regidos por el Código, y sí por la Compilación, pueden determinar la troncalidad, pueden ser troncales.

Además de ello, ha de tenerse muy en cuenta que la troncalidad entraña una acusada limitación de las facultades dispositivas del propietario, una reducción de la libertad del tráfico de casas y tierras, un grave inconveniente para el desarrollo del crédito inmobiliario, y un entorpecimiento en el proceso normal de la contratación. Es la negación de la agilidad negocial propia de nuestra época.

Hemos de acusarnos de haber adelantado los acontecimientos, al referirnos con precipitación y absoluta falta de propiedad a la condición troncal o no troncal de los bienes. Porque del artículo sexto de la Compilación no puede derivarse, por artificio alguno, el carácter atribuible a los bienes raíces. El artículo sexto y el tercero, en íntima relación, señalan los bienes susceptibles de quedar revestidos con la condición troncal. Pero no más.

Son tres distintas categorías: la naturaleza raíz, la situación en el Infanzonado, y la condición troncal. Fijadas las dos primeras, a lo que atienden los artículos citados, no queda, con ello solo, despejada la tercera incógnita.

Esto es así, como necesaria consecuencia de que los conceptos de bien troncal y pariente tronquero son factores interdependientes en la institución de la troncalidad, que se condicionan mutuamente. En buenos términos doctrinales, no cabe la calificación de bien troncal sino en contemplación a parientes tronqueros, ni la calificación de parientes tronqueros, en el sentido de la Compilación, sino en contemplación a un bien troncal. Sobre esto no se ha producido discrepancia.

“Se dice de ciertos bienes que son troncales; se afirma de ciertas personas que son parientes tronqueros”, escribe Angulo (59). Y agrega, dos páginas después: “Sería, pues, una locución vacía de sentido (por más que el común entender suple lo que en ella falta),

la que afirmara, por ejemplo, que Juan y Pedro son parientes tronqueros, porque Juan y Pedro no pueden serlo más que con relación a un determinado bien; Juan y Pedro, debiera decirse, son parientes tronqueros respecto de esta o de la otra cosa. Análogo error implicaría el decir a secas que tal finca tiene carácter troncal, porque las fincas por sí solas no son ni dejan de ser troncales; tal finca, debiera decirse, es troncal para Pedro o para Juan.

No hay, pues, parientes tronqueros sin bienes troncales, ni bienes troncales sin parientes tronqueros: la concurrencia simultánea de personas y de cosas es indispensable".

Solano (60) se muestra tácitamente conforme con la idea: "No todos los bienes en Vizcaya son troncales aunque sean raíces... si no aquellos que han sido poseídos por algún ascendiente... Si hay heredero profinco que deba heredar la raíz, no puede ser mandada a extraño la raíz comprada a extraño, pero si ese heredero profinco no existe, esa raíz comprada a extraño puede ser mandada a extraño".

Y ya había dicho años antes Hormaeche: "Nadie puede llamar-se tronquero, sino con relación a determinados bienes; pues este nombre implica una cualidad; mixta de personal y de real, que además del parentesco de consanguinidad entre dos personas, supone la existencia de un inmueble, que fue propiedad del ascendiente o tronco del que ambos parientes proceden. No hay que confundir por lo tanto la palabra tronquero, con la de profinco".

"Claro está que la afirmación de que toda raíz es en Vizcaya troncal, no implica otra cosa si no es la capacidad o posibilidad que tiene de serlo, siempre que con respecto a ella, exista algún tronquero. No habiendo tronqueros, las fincas dejan de ser troncales" (61).

García Royo afirma que la troncalidad "Es una relación jurídica compleja, en el sentido de Lermann, Eltzbacher y Dnistrjanskij". Y tras aludir a Savigny, a Winscheid y a Vierkautd, concluye: "No hay parientes tronqueros sin bienes troncales, ni bienes troncales sin parientes tronqueros" (62).

Y Chalbaud, con la más breve fórmula posible, dice que la palabra troncalidad "se refiere a relación de persona y cosa" (63),

La interdependencia, el mutuo condicionamiento entre el "tronquero" y "lo troncal", ha sido tan violentamente sentida por la Compilación, que no ha podido evitar se transparente un curioso mutuo reenvío en que incurren los artículos tercero y octavo.

La Compilación que, como hemos dicho, no da el concepto de la troncalidad, tampoco define al tronquero ni a lo troncal; simplemente señala quiénes son tronqueros y qué raíces son troncales. Y después de establecer en el artículo tercero que la troncalidad en el parentesco se determina “con relación a un bien raíz”, etc.; en el noveno otorga la consideración de troncales a los bienes raíces, etcétera., “con relación a línea descendente”, “con relación a las líneas ascendente y colateral”. Algo parecido a lo del famoso diccionario que en la voz “conejo” definía: “especie de liebre”. Y en “liebre” decía: “especie de conejo”.

Afortunadamente, la Compilación, aunque complicada y abstrusa no llega a ser tan enigmática como el diccionario de marras. Hay que reconocer que se ha enfrentado con una cuestión análoga a la de si fue antes el huevo o la gallina.

Y también es verdad que se ha limitado a copiar sustancialmente la fórmula de los dos Proyectos de Apéndice.

La troncalidad supone, por definición, parentesco: “La troncalidad en el parentesco se determina”, etc. El parentesco es la relación familiar entre dos parientes, y el parentesco troncal relaciona a dos parientes tronqueros.

Aunque la Compilación no lo diga de modo expreso, la troncalidad exige parentesco consanguíneo. Tronqueros sólo pueden ser los parientes consanguíneos. Esta es regla sin excepción. En la afinidad no hay troncalidad.

El parentesco consanguíneo es la relación familiar entre dos personas que tienen un progenitor común. La Encyclopédia Jurídica Española define la Consanguinidad: “La relación de parentesco entre personas que proceden unas de otras o que, sin esto tienen un origen común” (64). Y el P. Ferreras (65), “el vínculo de una sangre común, participada por generación carnal, que une a diversas personas que tienen un origen o tronco común”. Definición reproducida casi en los mismos términos por el catedrático D. Eloy Montero (66). Y según Knecht, “Son consanguíneas las personas que proceden directamente por generación legítima o ilegítima unas de otras, inmediata o mediataamente, como el hijo del padre, el nieto del abuelo, o lateralmente de una tercera y la misma persona, como los hermanos, los primos, etc.” (67).

Este concepto del parentesco consanguíneo informa al artículo

916 del Código Civil, en su referencia a las “personas que descenden una de otra” y a las “que no descenden unas de otras, pero que proceden de un tronco común”.

Comentándolo, dice Manresa (68): “El parentesco es un lazo, vínculo o relación que une entre sí a varias personas.

Cuando ese lazo, vínculo o relación se establece por la comunidad de origen entre las personas a quienes alcanza, por correr en sus venas la misma sangre, por proceder de un tronco o progenitor común, el parentesco se llama natural o de consanguinidad”.

Y el que fue nuestro querido profesor D. Pedro de Apalategui: “Es el vínculo o nexo que enlaza a las personas que descenden de un mismo tronco” (69).

Coincidiendo con todos los anteriores Castán: “La consanguinidad es el vínculo que existe entre las personas que proceden unas de otras o que tienen un tronco común. Puede ser legítima o ilegítima, según tenga su base en el matrimonio o en uniones carnales fuera de él” (70). Y Clemente de Diego: “el lazo que une a una persona con aquéllas de quienes procede, con las que proceden de ella y con las que con ellas proceden de otra persona” (71).

Pero si sólo el pariente consanguíneo puede ser tronquero, no basta la relación de consanguinidad para que surja el parentesco troncal.

Las definiciones de la consanguinidad coinciden en identificarla con la procedencia de un progenitor común, de un tronco. Esto vale incluso para las que dan Castán y Clemente de Diego, v. gt. Pues si bien distinguen entre las personas que proceden unas de otras, y las que tienen un tronco común, ambas determinaciones pueden reducirse a la última, ya que el padre y el hijo tienen un progenitor común; inmediato para el padre y mediato para el hijo; el abuelo. Y el tronco común del abuelo y el nieto será el bisabuelo de éste.

En realidad, en la línea directa de consanguinidad, son tronco todos y cada uno de los ascendientes de los parientes consanguíneos. Pero la procedencia de un tronco, en el sentido de progenitor común, suficiente para establecer entre dos personas la relación parenteral de consanguinidad, no origina, por sí sola, el parentesco troncal. Este exige, desde luego, que dos personas procedan de un progenitor común. Pero no puede apreciarse si no es poniendo a dichos dos

parientes consanguíneos en relación con un determinado bien raíz sito en el Infanzonado.

A primera vista, parece que el bien ha de haber pertenecido al tronco: al progenitor común. Porque troncal es, según el Diccionario de la Real Academia, lo “perteneciente al tronco o procedente de él”. Partiendo de esta idea, el mismo Diccionario define los bienes troncales: “Los patrimoniales que, muerto el poseedor sin posteridad, en vez de pasar al heredero regular, vuelven, por ministerio de la ley, a la línea, tronco o raíz de donde vinieron”.

En el sistema de la Compilación esto no es exacto para todos los casos, como puede comprobarse en la misma enumeración que de los parientes tronqueros hace su artículo séptimo.

“Primero. En la línea descendente, todos los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y demás descendientes legítimos. A falta de éstos, los hijos naturales y los legitimados por concesión del Jefe del Estado, y los descendientes legítimos de unos y otros, respecto del padre o madre que los haya reconocido.

Segundo. En la ascendente, los ascendientes legítimos de la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate.

Tercero. También lo serán, sin perjuicio de la reserva que se establece en el artículo treinta y seis de esta Ley, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados constante el matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio.

Cuarto. En la colateral, los parientes legítimos que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate”.

La Compilación no fija el parentesco troncal por derivación de un sólo principio.

Para ella, todos los parientes tronqueros han de ser consanguíneos: incluso los del número tercero.

Todos son tronqueros por tener relación con un bien raíz sito en el Infanzonado.

Pero no en todos los casos ese bien ha habido de pertenecer a un progenitor común.

Por otra parte, tampoco sigue cerradamente el criterio de la legitimidad del parentesco: Hay parentesco troncal reservado a los parientes legítimos. Pero también se puede ser tronquero dentro del parentesco natural.

Y, sin esperar a más, puede decirse que la adopción no origina en ningún caso parentesco troncal.

El artículo séptimo no basta para apreciar, en todos los casos, si dos determinados parientes son o no tronqueros.

Para esto es menester relacionarlo con el octavo:

“En la línea descendente, el parentesco troncal se prolonga, cualquiera que sea el grado a que se llegue.

En la ascendente, el parentesco troncal termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz, sin perjuicio de los derechos del ascendiente del mismo a la sucesión que no sea troncal.

En la colateral llega hasta el cuarto grado civil inclusive de consanguinidad”.

De la relación entre ambos preceptos resulta:

Que son parientes tronqueros del dueño de una raíz sita en el Infanzonado:

Todos sus hijos legítimos.

Todos los demás descendientes legítimos de éstos, cualquiera que sea el grado que ocupen en la línea descendente.

Todos sus hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.

Todos los descendientes legítimos de éstos, cualquiera que sea el grado que ocupen.

Todos, en concurrencia, son parientes tronqueros del dueño de la raíz, sin que la existencia de cualquiera de ellos excluya a los demás, ni se establezca preferencia alguna entre unos y otros.

Para todos ellos, el único dato a tener en cuenta es su calidad de descendiente legítimo del poseedor de la raíz. Por tanto, el hijo legítimo de un hijo o de un nieto naturales del poseedor de la raíz no es pariente tronquero de dicho poseedor de la raíz, en concurrencia con hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio o descendientes legítimos de dicho poseedor. Ni el hijo natural de un hijo o descendiente legítimo.

Si nos atenemos a la letra del precepto; ¿Son tronqueros respecto del poseedor de la raíz los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio del hijo legítimo de aquél? “Los hijos —dice— legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y demás descendientes legítimos”. Luego, puede pensarse, si señala como filiaciones diferentes la del legítimo y la del legitimado; al enunciar solamente a los descendientes legítimos y no aludir a los descendientes, hijos legi-

timados del hijo legítimo, es porque no ha querido comprenderlos en el parentesco troncal en unión de los hijos legítimos o legitimados por matrimonio.

El artículo 122 del Código Civil dispone que “Los (hijos) legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos”. Y el 124: “La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes”.

Y según el artículo Cuarenta y tres de la Compilación, “Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio tendrán en la sucesión testada e intestada los mismos derechos que los legítimos”. Declaración que se ha sentido obligada a estampar porque el artículo veintidós defiere la herencia forzosa “a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima”; y el treinta y uno llama a la herencia intestada “a los hijos legítimos por derecho propio y a los demás descendientes legítimos por derecho de representación”.

La equiparación del hijo legitimado por subsiguiente matrimonio y la del legítimo es, en el Código, “de carácter general y para todos los efectos civiles”, como declararon las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1906 y 28 de noviembre de 1927, con excepción de los derechos vinculares y nobiliarios que son de orden especial y cuya concesión se rige por la Real Cédula que los confiere; Sentencia de 19 de enero de 1924. Habiendo declarado las Sentencias de 24 de abril y 17 de junio de 1961 que “los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son legítimos, según la Ley 1.^a del Título XIII de la Partida 4.^a, y merecen igual concepto que éstos para todos los efectos civiles, existiendo perfecta igualdad entre unos y otros”. Y, en efecto, la ley de Partidas decía: “Otrosi son legítimos los hijos que ome ha en la mujer que tiene por barragana si después desso se casa con ella. Ca maguer estos hijos atales non son legítimos quando nascen, tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen por ende los hijos legítimos”.

Dotado el hijo legitimado por subsiguiente matrimonio con los mismos derechos que el hijo legítimo, equiparada la condición de uno y otro, identificado aquél con éste, tan hijo legítimo es, “con carácter general y a todos los efectos civiles”, el legitimado por sub-

siguiente matrimonio como el nacido dentro de justas nupcias. Y, por consiguiente, hijo legítimo de su padre, es descendiente legítimo de los antecesores. Recuérdese el artículo 124 del Código Civil.

El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio del hijo legítimo del poseedor de la raíz es, pues, tronquero de este último, por estar comprendido en la condición de los “demás descendientes legítimos” mencionada en el primer inciso del número Primero del artículo Séptimo.

Y lo mismo ha de decirse del hijo legitimado por subsiguiente matrimonio del hijo a su vez legitimado por subsiguiente matrimonio. Y de todos los descendientes de progenitor legítimo legitimado por subsiguiente matrimonio, cualquiera que sea el grado que ocupen respecto del poseedor de la raíz, siempre que la serie de descendencia legítima desde dicho poseedor no sufra interrupción.

Sólo cuando no existe ninguno de los anteriores, son parientes tronqueros del poseedor de la raíz:

Todos sus hijos naturales por él reconocidos.

Todos los descendientes legítimos de éstos, cualquiera que sea su grado.

Todos sus hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado.

Todos los descendientes legítimos de éstos, cualquiera que sea su grado.

Tras lo dicho antes, no necesitamos razonar que lo son los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio del hijo natural reconocido.

También todos, en concurrencia, son parientes tronqueros del dueño de la raíz, sin que cualquiera de ellos excluya a los demás, ni se establezca preferencia entre unos y otros.

Quedan excluidos los descendientes naturales, en cualquier grado, de los hijos naturales: así no es pariente tronquero del poseedor de la raíz su nieto natural, hijo natural del hijo natural. Los hijos legítimos del descendiente natural; vrg. un bisnieto natural, hijo legítimo del nieto natural, etc. Y lo mismo, respecto a los descendientes de los hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado.

¿Es tronquero el hijo legitimado por concesión real del hijo natural? Hay que contestar que no, pues el legitimado por concesión real no es hijo legítimo y, por lo tanto, no es descendiente legítimo.

De los dos medios legitimadores admitidos por el artículo 120

del Código Civil, el subsiguiente matrimonio equipara, como se ha visto, al hijo nacido antes de las nupcias, con el nacido de ellas. Pero no así la concesión del Jefe del Estado, la que sólo le concede el derecho a llevar el apellido del progenitor que la solicitó, a prestación alimenticia y a la misma cuota hereditaria establecida en favor de los hijos naturales reconocidos; artículo 844.

El número Primero del artículo séptimo de la Compilación difiere en la referencia a los descendientes, según se trate de los grados siguientes a los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, y de los siguientes a los hijos naturales y los legitimados por concesión del Jefe del Estado. En cuanto a los primeros, extiende la troncalidad a los “demás descendientes legítimos”. Para los segundos, la reconoce, precisamente, a “los descendientes legítimos de unos y otros”. La diferencia es palmaria: en aquéllos la troncalidad alcanza al descendiente a través de una línea ininterrumpida de descendencia legítima, haya o no interpuestas legitimaciones por subsiguiente matrimonio, iniciada en el hijo legítimo o en el legitimado por subsiguiente matrimonio del poseedor de la raíz: todos ellos entran en los “demás descendientes legítimos” de dicho poseedor. En el otro grupo, la troncalidad alcanza al descendiente a través de una línea ininterrumpida de descendencia legítima: haya o no interpuestas legitimaciones por subsiguiente matrimonio, iniciada en el hijo natural o legitimado por concesión del Jefe del Estado del poseedor de la raíz: estos son los que caben en el grupo de “los demás descendientes legítimos de unos y otros”.

Del examen conjunto de los dos incisos del número Primero del artículo Séptimo se deduce una razón más en favor de la extensión de la troncalidad, en la misma categoría de los hijos legítimos y los legitimados del poseedor de la raíz, a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio del hijo o de otro descendiente, sean éstos, a su vez, legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio. Porque, de no integrar la categoría de “demás descendientes legítimos”, tampoco cabría considerarlos incluidos en la de descendientes legítimos de los hijos naturales o legitimados por concesión del Jefe del Estado.

En ningún caso pueden ser parientes tronqueros del poseedor de la raíz sus hijos y descendientes ilegítimos no naturales, pues solamente pueden ser legitimados los hijos naturales; artículo 119 del Código Civil.

Para todos los parientes de los dos anteriores grupos vale una observación: Que basta que el padre o el ascendiente haya sido dueño del bien determinante del parentesco troncal, siendo absolutamente indiferente que hubiera pertenecido o no al tronco del padre o ascendiente y del hijo o descendiente.

Si tronco del padre y del hijo, o del abuelo y el nieto, son los progenitores anteriores al padre o al abuelo, respectivamente; y si bien troncal es, en su significación propia, el que ha pertenecido al tronco, habremos de concluir que, en la línea descendente, puede establecerse el parentesco troncal sin interferencia de un bien propiamente troncal.

Pongamos un ejemplo. Un padre que tiene un hijo, compra a un extraño una raíz. Es, por lo tanto, el primer poseedor de la raíz en la familia. El tronco, en sentido puramente parenteral, de ambos es el abuelo del hijo, padre del padre. Pero como el tal no ha poseído la raíz, no es tronco en orden a la troncalidad. Y sin embargo, el hijo es pariente tronquero del padre. Lo mismo ocurriría en el caso de un nieto respecto de su abuelo comprador de raíz a un extraño a la familia.

El parentesco troncal en la línea descendente, supuesta la interferencia de la raíz determinante, puede identificarse con la consanguinidad legítima o natural, según los respectivos casos. En dicha línea, el parentesco consanguíneo y el troncal se ofrecen superpuestos.

Precisamente por la especial característica del parentesco troncal en la línea descendente, se explica que el número primero del artículo séptimo y el párrafo primero del artículo octavo no hagan referencia alguna a la raíz, en contraste con el resto de uno y otro artículo. Y es que, en realidad, se trata de un parentesco troncal sin tronco, de un pseudo parentesco troncal.

En la línea ascendente, el parentesco troncal obedece, como en la línea colateral, a otros principios. Por de pronto, sólo la consanguinidad legítima origina en ella tal parentesco, del que están excluidos absolutamente los ascendientes naturales, y los ilegítimos no naturales.

El número primero se refiere a hijos legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio o por concesión del Jefe del Estado, y a los descendientes legítimos. El número segundo enuncia, simplemente, a los ascendientes legítimos.

No es dudoso que el padre y ascendientes del legitimado por concesión del Jefe del Estado, no pueden ser tronqueros del así legitimado.

Los padres y demás ascendientes del legitimado por subsiguiente matrimonio ¿son o no parientes tronqueros?

La omisión de toda referencia a ellos, en contraste con el número primero, puede hacer pensar que se les ha querido excluir de la troncalidad. Pero no lo entendemos así. Porque la reciprocidad es el principio general en el derecho de sucesión, y ha de ser seguido menos en aquello para lo que esté expresamente rechazado. Y porque el legitimado por matrimonio es, jurídicamente, hijo legítimo; y sus ascendientes, ascendientes legítimos: ergo tronqueros.

Como en la línea descendente, basta que el ascendiente haya poseído la raíz determinante del parentesco troncal, y es indiferente que hubiera pertenecido o no al tronco del descendiente y del ascendiente.

Pero como consecuencia de que la línea descendente de toda persona es única, mientras que la ascendencia es por doble línea: la paterna y la materna; ocurre que el parentesco troncal abarca a todos los descendientes del poseedor de la raíz, y, en cambio, sólo son tronqueros los ascendientes de la línea relacionada con la raíz. Como dice el número segundo del artículo séptimo, "los de la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trata".

Así como en la línea descendente, la troncalidad se prolonga indefinidamente a lo largo de la serie de grados que la forman; en la línea ascendente, la troncalidad queda detenida, "termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz". Esta expresión no es, ciertamente, ni correcta ni exacta. Pero creemos que no ofrece verdadera dificultad para alcanzar su significado. Que es éste:

La troncalidad se extiende hasta el ascendiente que poseyó la raíz por haberla adquirido de un no tronquero.

Si la raíz fue adquirida de un extraño a la familia por A; pasando de éste a B; de B a C; de C a D; de D a E; y de E a F; serían parientes tronqueros de F; supuesto que viviesen; todos los progenitores enumerados. En la línea ascendente, la troncalidad puede ser representada por un vector que parte del dueño actual de la raíz, y llega, remontando los sucesivos progenitores de éste, hasta el más alejado que la poseyó.

No es preciso que los eslabones interpuestos entre el que llamaremos, para simplificar la expresión, primer poseedor, y el dueño actual subsistan. El fallecimiento de uno o más de los grados intermedios no corta el parentesco troncal. Lo decisivo, en términos generales y salvo el caso excepcional de que nos ocuparemos, es que el bien haya pasado al dueño actual desde el primer poseedor, bien directamente, bien a través de los grados intermedios de la línea ascendente.

La raíz adquirida de un extraño por el abuelo, es donada por éste a su hijo, de quien hereda dicho bien el nieto del primero. El abuelo es tronquero del nieto.

El abuelo vende una raíz adquirida de un extraño, a su nieto. El abuelo es tronquero del nieto.

El bisabuelo A, dona una raíz, que adquirió de un extraño, a su hijo B, éste, antes o después de fallecer su hijo, C, lo dona a su nieto, D. A es pariente tronquero de su bisnieto, D.

Sea la cadena de ascendientes A-B-C-D. B adquiere una raíz de un extraño a la familia; A la hereda de B y la dona a C; D la hereda de C. Pariente tronquero de D es A.

Y he aquí diafanamente demostrada la impropiedad de decir, como lo hace la Compilación, que la troncalidad termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz. Más que impropiedad es inexactitud manifiesta. Porque es claro que, en el ejemplo, el ascendiente que primero poseyó la raíz fue B, y no A, pues A la heredó de B. Y, con arreglo al tenor literal del precepto, la troncalidad terminaría en B, sin llegar a A de quien la recibió D. Lo que imaginamos que nadie se atreva a sostener seriamente.

Y también sería A tronquero de D, si B donó la raíz a A, y A la donó, a su vez, a D. Tanto si, en el momento de apreciar la concurrencia de la troncalidad, viven o han fallecido B y C. La diferencia entre uno y otro caso estaría en que, si viven B y C, los parientes tronqueros de D serán A, B y C.

Con estos ejemplos queda manifiesto que para apreciar el parentesco troncal en un ascendiente no es preciso que el bien determinante de esta categoría parenteral haya pertenecido a los situados en los grados intermedios entre aquél y el dueño actual. Y también que los ascendientes ocupantes de los puestos intermedios entre el ascendiente más alejado, y tronquero, y el dueño actual, son parientes tronqueros de éste.

Y se aclara, asimismo, la diferente materia y contenido del número Segundo del artículo séptimo y los del párrafo segundo del artículo octavo. Aquél contiene una declaración indeterminada de parentesco troncal en la línea, ascendente; declaración que, por sí sola, resultaría errónea. Pues decir que son tronqueros los ascendientes legítimos, etc., vale tanto como decir que lo son todos. En cuya declaración, en sí misma y por sí sola manifiestamente inexacta, se agota la materia del número segundo del artículo séptimo. Y el párrafo segundo del artículo octavo se reduce a fijar el límite extremo del parentesco troncal en la misma línea: la máxima expansión posible en grado, de la troncalidad en el parentesco ascendente. Excluye a todo el que esté más allá de dicho extremo. Pero a nadie situado más próximo del poseedor actual, e incluido en el artículo séptimo.

Puede advertirse que, así como en la línea descendente ocurre, y lo hemos dicho, que la troncalidad se yustapone e identifica con la consanguinidad, de manera que todos los descendientes consanguíneos y sólo ellos, son tronqueros; no puede decirse lo mismo respecto a la línea ascendente. Pues si también para ella es cierto que sólo el consanguíneo puede ser tronquero, no todo consanguíneo lo será, sino precisamente todos y solos los comprendidos en el límite fijado por el párrafo segundo del artículo octavo.

Así, si el hijo hereda de su padre una raíz que éste compró a un extraño a la familia, el abuelo no es tronquero del nieto. Porque el abuelo no poseyó la raíz. Y, por lo tanto, queda fuera del límite establecido en el número segundo del artículo octavo.

¿Ha inventado algo la Compilación en orden a la troncalidad en la línea ascendente? Realmente, nada. Se ha conformado con tomar lo que idearon las tantas veces mencionados Proyectos de Apéndice al Código Civil: el de la Comisión especial codificadora y el del Colegio de Abogados de Bilbao. Pero, en nuestra modestísima opinión, lejos de mejorar la expresión de los preceptos contenidos en tales Apéndices, la ha empeorado, pues en ellos se decía que “en la (línea) ascendente (el parentesco troncal) termina en el primer ascendiente que poseyó la raíz”. Lo que fácilmente dejaba translucir el significado pretendido, con sólo sustituir “el primer ascendiente” por el “ascendiente del grado más lejano”.

Si para la línea descendente es válida la consideración de que

en ella se crea una troncalidad sin tronco, algo parecido hallamos en la troncalidad en cuanto a la línea ascendente, en la que basta que el poseedor actual haya recibido la raíz del ascendiente que la adquirió de un pariente no tronquero, para que este mismo ascendiente; y también, naturalmente, los interpuestos entre él y el poseedor actual; sean parientes tronqueros de este último. En una palabra, que en la línea ascendente, como en la descendente, puede producirse una troncalidad sin tronco. Por lo menos, sin tronco en el sentido que los foralistas lo entendían.

(Continuará)

[5]

«Adopción por aforado vizcaíno»

SCALA, J. M.:

En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Vizcaya*. 1982,
núm. abril, págs. 19-36

ADOPCION POR AFORADO VIZCAINO

*Por José M.ª Scala
Abogado*

La compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya, aprobada por L. 42/1959, de 30 de julio, y que, publicada en el día siguiente, entró a regir, conforme al entonces vigente artículo 1 del Código Civil, el 20 de agosto, regula, por no ser un Código, muy concretas situaciones y relaciones: la propiedad (troncalidad), la sucesión «*Mortis causa*», muy sucintamente la donación, el régimen económico conyugal y la enajenación de inmuebles. Y para ninguna de ellas trata de agotar la posibilidad normativa.

No se ocupa de la institución familiar y, claro está, ni siquiera nombra a la adopción, que tampoco le merecía una sola Ley al Fuero, cuya vigencia en Vizcaya quedó reconocida por el artículo 12 del Código de 1899. Este dedicó a la adopción el capítulo 5.^º del artículo 7.^º del libro 1.^º

Claro está que, ausente de la Compilación, aun cuando la hubiera regulado el Fuero, su normativa carecería de eficacia absoluta. La disposición final 1.^a de la Compilación priva a las leyes del Fuero de valor absoluto, al efecto de interpretar las normas de la Compilación de las que sean respectivos antecedente. Pero nos parece que no es esto sólo ni lo más trascendental que ofrece dicha Disposición. La consciente y deliberada alusión a la totalidad de las leyes de índole civil del Fuero: «Todas las disposiciones civiles del Fuero»; y la declaración de que «quedan sustituidas por las contenidas en esta Compilación», impide cualquier posible vocación a las Leyes del Fuero, las elimina como posibles supletorias de lagunas de la Compilación, y constituye a ésta en el único, total, exclusivo y excluyente «Corpus civilis», para decirlo pretenciosamente, del territorio aforado. Puede y debe valorarse como especialmente significativa la fórmula de sustitución, porque así el Proyecto de la Comisión Especial de Codificación, como el del Colegio de Abogados, declaraban «derogadas todas las leyes de carácter civil del Fuero». Derogatoria era también la fórmula del Apéndice de Aragón y, ahora, el de su Compilación. «Sustituyen» las compilaciones de Cataluña, Balear, Galicia; una especie de derogación tácita muy restringida parece contenerse en la de Navarra. Agregaremos que la «sustitución» abarca a todas y cada una de las leyes del Fuero de 1526, y, en lo que fuere menester, vale para las del Fuero Viejo e incluso para el de Valmaseda, o de las Encartaciones.

El Apéndice Foral de Aragón no regulaba la adopción; tampoco la Compilación (L. 15/67 de 8-4), pero se refiere al hijo adoptivo en su artículo 99-1. La de Cataluña (L. 21-7-60) la regula elementalmente; artículos 6 y 125, que reconocen derechos sucesorios al hijo adoptivo. Se los reconoce la de Baleares

(L. 19-4-61); artículos 41, 44. La de Navarra, en sus Leyes 73 y 74, regula la adopción y señala los derechos sucesorios del hijo adoptivo (L. 1-3-73). No se ocupa de la adopción ni del hijo adoptivo la Compilación de Galicia (L. 2-12-63).

No creemos que nadie mantenga duda razonable de que, ausente la adopción en el Fuero y en la Compilación, admitida y regulada por el Código Civil, tal institución ha de ser acogida en el territorio foral. Y, así, los aforados adoptan y los jueces en dicho territorio aprueban las adopciones.

El artículo 12 del Código Civil, en su texto originario, asigna la función de suplir las carencias de los derechos forales, no al derecho histórico de Castilla, sino con carácter exclusivo, al propio Código. Así lo entendió ya la S. 18-6-96: «La Ley 8.r, T. 21 ...hay que complementarla con las prescripciones de la legislación común de Castilla, supletoria de la Foral en todo aquello que ésta no prevé, o sea con las del vigente Código Civil ...habiendo nacido los derechos (se trataba de los hereditarios) después de la publicación de dicho Código, derogatorio de la antigua legislación de Castilla, ...Cuando se establece que la legislación común de Castilla es supletoria de la foral, se entiende que dicha legislación supletoria lo es con todas las modificaciones y reformas que en ella se introducen».

Por ello, creemos cierto que el régimen legal de la adopción ha experimentado en el territorio foral las mismas vicisitudes que en el común. Que en Vizcaya han regido, sucesivamente, el texto originario del Código, la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958 y la de la L. 7/70 de 4 de julio. Es decir, que en la actualidad han de ser aplicadas las normas introducidas en la última reforma. Así lo entendió el Presidente del Tribunal Supremo en el discurso de apertura pronunciado en setiembre de 1971:)Respecto de la Compilación del Derecho Civil de Alava y Vizcaya (se titula y así fue publicada en el «B.O.E.», Ley 42/1959, de 30 de julio sobre compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava) de 30 de julio de 1959, no conteniéndose en ella disposición alguna que haga referencia a la adopción, ésta se halla regulada por el Código Civil en su actual redacción, conforme a la disposición final 2.^a. Conforme a la disposición final 2.^a. Com., concordante con el artículo 12 del Código, 13 en el texto de 31-9-74. No hay discordancia entre ambos preceptos, pues si el artículo 13 del Código Civil hace a éste supletorio, en defecto del que lo sea en cada territorio foral, esto no se opone al criterio adoptado por la Comp. al señalar como aplicable directamente, en calidad de derecho supletorio al Código Civil, en tácito reconocimiento de que en el foral vizcaíno no hay otra fuente de derecho supletorio interpuesta ni interponible, entre la Compilación y el Código.

Quiere decirse con esto que las ideas y los principios que modelaron la adopción en 1899, desechados quedan en Vizcaya, tanto como en el derecho común, y que la institución ha de ser entendida hoy en el territorio foral como

la entiende el texto reformado del Código. Ha sido un fenómeno general, que la Exposición de Motivos de la Ley de 4-7-70 señala: «La mayoría de los Códigos Civiles elaborados en la etapa histórica específicamente denominada codificadora han visto hace ya tiempo sustituido el régimen de la adopción que habían configurado». Con relación a nuestro Código es elocuentemente reveladora del pensamiento de los codificadores la opinión de Mucivs: «en nuestro Código, dicho instituto jurídico había quedado reducido a la más mínima expresión. La adopción, como los órganos sin uso, se ha ido poco a poco atrofiando. Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres, y como este convencimiento lo tenían todos los civilistas que compusieron el Proyecto de 1851, hubo casi unanimidad para pasarla en silencio. Pero se consintió en dejar la institución en la Ley, aunque con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante como lo había sido hasta entonces». Y para citar un autor moderno, Puig: «La adopción, al modificarse en el tiempo las costumbres y creencias, fue perdiendo su pasado esplendoroso, cayendo, poco a poco, en una situación de olvido. Al llegar la época de la codificación, se planteó incluso el problema de su conveniencia de su supresión definitiva... Nuestro Código Civil concibe la institución con pocos efectos para el adoptado». La Exposición de Motivos de la Ley de 1958 coincide con él: «El Código Civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos». Y la Exposición de 1970: «En 1958 estaba fuera de duda la necesidad de reemplazar el viejo texto del Código Civil. Como tónica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo».

Aclarados estos presupuestos, que nos parecen fundamentales, es preciso dejar sentada otra premisa: que, conforme a la disposición final 2.^a, Comp., el Código y las leyes que éste declara vigentes, se aplican directamente en el infanzonado de Vizcaya, «en lo no previsto en esta Ley, y en tanto no se opongan a ella». Precepto que tenemos por perfectamente congruente con el artículo 12 originario del Código Civil: «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, los conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra su alteración su actual régimen Jurídico, 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: la norma del C. C. que suple el defecto de precepto foral no puede afectar a la integridad del derecho foral, que no debe sufrir alteración por la aplicación de dicha norma. En suma, que la norma del C. C. no suplirá la omisión, si tal norma se opone a las disposiciones de la Compilación. También es congruente, como ya hemos dicho, la disposición final 2.^a Comp. con el actual artículo 13 C. C.: «con pleno respeto a los derechos especiales o forales... regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea», etc. De ello se deduce que si una situación o una institución jurídica concreta no está regulada en la Compilación, ha de investigarse si tiene su norma

correspondiente en el Código Civil. Y hallada ésta, será menester comprobar si se opone o no a las disposiciones de la Compilación. En el segundo caso, la norma del Derecho común será aplicable como supletoria; si hay oposición, no lo será.

¿Cuándo una norma del Código se opondrá a la Compilación?: «a ella» dice la Comp.; a sus disposiciones, entendemos nosotros. Cuando aquella norma resulte incompatible con las disposiciones expresas y precisas contenidas en la Compilación; de tal manera que, al aplicarse la norma del Código, queden directamente contravenidas las disposiciones de la Compilación. Quizás puede decirse, más brevemente: cuando la norma y las disposiciones resulten contradictorias. Y como con el precepto supletorio se trata ni más ni menos que de llenar un vacío legal porque la suplencia supone carencia o inexistencia; es suficientemente claro que esta delicada cuestión ha de ser entendida de modo muy estricto. Esto es, que sólo resultará inaplicable la norma del C. C. pretendidamente supletoria, cuando se aprecie una verdadera y absoluta incompatibilidad con las disposiciones de la Compilación.

Ni el Fuero ni la Compilación, dicho queda, se ocupan para nada de la adopción ni, por consiguiente, de los derechos sucesorios del hijo adoptivo. Ciñéndonos a la Compilación, sus artículos 43, 47, 50, relativos a la comunicación; el 21 y 22: legítima y herederos forzosos; el 31 y 32: sucesión intestada; el 34: viudo; los 6 a 8: tronqueros; en los que resulta curiosa pero carente de significación la discrepancia al incluir entre los parientes tronqueros al hijo legitimado por matrimonio subsiguiente, y omitirlo entre los herederos forzosos y los abintastato. En todos ellos no figuran el hijo adoptivo y el padre adoptante en el grupo de herederos forzosos, ni en el de los abintestato, ni entre los tronqueros; parientes tronqueros.

La configuración del instituto viene dada en el Código por varias declaraciones contenidas en el artículo 176: en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo. La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes de otra, pero no respecto a la familia del adoptante. Según el artículo 179, el hijo adoptivo, en la adopción plena, ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las particularidades que señala en los casos de concurrencia. Y según el 180, en la adopción simple, ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos naturales reconocidos. Los adoptantes ocupan, respectivamente, según la clase de la adopción, la posición de padres legítimos y la equivalencia a la del padre natural.

Ya queda dicho que, regulada la adopción por el Código, el instituto rige en el derecho foral. Para negar esto sería necesario rechazar la institución

para los vizcaínos aforados, lo que no es posible por impedirlo, precisamente, su admisión y regulación por el C. C.

Por ser el Código supletorio de la Compilación, puede decirse que el derecho foral, en su más amplia consideración, está integrada por la Compilación y el Código, y que para las situaciones y relaciones desconocidas por ella, constituyen las normas del Código el derecho foral. Pero esto solamente puede afirmarse en principio y sin carácter absoluto, porque, como queda señalado, una norma suple la carencia de la Compilación sólo en tanto que no se oponga a las disposiciones de ésta. Puede creerse que, como la Compilación no contiene normas reguladoras de la adopción, no puede darse contradicción entre los preceptos del Código y los inexistentes; lo que es cierto; pero nos parece que no hay imposibilidad para que pueda apreciarse oposición entre los artículos del Código que rigen la adopción y los de la Compilación que se ocupan de otras instituciones, y para que esa oposición se manifieste incohonorable.

En consecuencia, el problema de concluir sobre la posición y derechos de hijo adoptivo en el derecho foral vizcaíno exige dilucidar, previamente, la compatibilidad o contradicción entre los preceptos del Código que lo rigen y los artículos de la Compilación que para nada se ocupan de ella.

Que sea una institución desconocida para la Compilación fechada en 1959, como ocurriera en el Proyecto de la Comisión especial y en el del Colegio de Abogados, tiene una posible justificación, y creemos, sinceramente, que es un verdadero deber aceptarla: la Compilación se abstiene de regular los derechos del hijo adoptivo, porque entiende que quedan establecidos, fijados y precisados en el Código. No debe olvidarse que la Compilación es de julio de 1959, y la reforma del C. C. en la materia de la adopción se hizo por L. 24-4-58, cuyo criterio en orden a los derechos sucesorios del hijo adoptivo fue ampliamente superado por la hoy vigente.

La Compilación no se ocupa específicamente de la familia, pues, aunque regula la troncalidad y la comunicación, una y otra constituyen, a nuestro juicio poco valioso, simples momentos económicos de la institución familiar. Como no se ocupa de la familia, tampoco lo hace en orden a la adopción y, en consecuencia, los preceptos de la Compilación sobre el régimen sucesorio, sobre la comunicación y sobre el derecho de saca no tienen para nada en cuenta al hijo adoptivo. Pero tampoco aparece el hijo adoptivo en el título 3.^º del libro 3.^º, ni en el título 3.^º del libro 4.^º del C. C. Código y Compilación adoptan, definitivamente, el mismo método. Para ambos, la situación familiar y derechos del hijo adoptivo quedan fijados en el capítulo 5.^º del título 7.^º del libro 1.^º del Código y en su artículo 47.

Inútil acudir a la Compilación, inútil acudir al Fuero de 1526, inútil acudir al Fuero Viejo (verdaderamente lamentable; más que extraño, como eufemísticamente advirtiera D. Darío de Areitio, que la Diputación de Vizcaya no

haya emprendido una edición de este venerable antecesor). Es perfectamente lógico y explicable que los comentaristas del siglo XIX, incluido Jado, no tuvieran en cuenta la adopción. Adrián Celaya no aborda el tema y sólo cita la adopción, en la página 284, con referencia al artículo 174 C. C. en su texto de 1958. García Royo se contenta con explicar, en la página 294 de su tomo 1.^º: «Rige el C. C. sobre la adopción. En cuanto al artículo 177, conjúguese con el sistema sucesorio foral. Se acude a los principios generales y a la técnica en el caso de que muerto el adoptante sin testamento y sin cumplir la promesa, haya descendientes o ascendientes (si no los hay, cf. la S. 19- V-1915), o cuando muera con testamento en que hay institución a un extraño». La sentencia que cita no se refiere al derecho foral.

Los preceptos del C. C. se resumen en que en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo: la adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, por otra, pero no respecto a la familia del adoptante. Según el artículo 179, en la adopción plena, el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las particularidades que señala si concurre con hijos legítimos: en la sucesión testamentaria no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido; o con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no puede percibir menos porción que el adoptivo. Los adoptantes ocupan en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos. Y los parientes por naturaleza no ostentan derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado. En la adopción menos plena; artículo 180: el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. Y el adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural.

No hay equiparación absoluta del hijo adoptivo con el legítimo, pues si al primero le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, esto vale «en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley». Lo que ocurre es que en la Compilación, como antes en el Fuero, no hay reglas que establezcan diferencias entre unos y otros hijos, puesto que nada se previene en ella respecto a los adoptivos, sencillamente ignorados.

Ciertamente, la adopción no entra en la declaración contenida en el artículo 13-1 C. C.: El título preliminar y el V del libro 1, tendrán aplicación general y directa en toda España. Pero, como queda dicho, la de ser admitida en Vizcaya, porque no está expresamente excluida en la Compilación y, así, está aceptada por el C. C. supletorio del derecho foral vigente; artículo 13-2 C. C. y disposición final 2.^a Comp. Además, creemos que admitir el instituto no obliga a reconocer como necesaria consecuencia, que se produzca con ello el desconocimiento del pleno respeto al derecho foral vizcaíno, que es la «con-

dictio iuris impuesta en el citado precepto del Código; no obliga a reconocer que, con olvido de la disposición final Comp., se oponga ello a la Compilación.

La adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado. Pero, de primera intención, nos parece que si ha de admitirse que el adoptado adquiere, más o menos íntegramente, la condición de pariente del adoptante, de pariente en primer grado de la línea descendente, no resulta tan seguro que deba atribuirsele la calidad de pariente tronquero, porque la relación de troncalidad se establece en función de un complejo de factores, uno de los cuales es la integración en un tronco común al que ha pertenecido un determinado bien raíz sito en el infanzonado. Esto no ocurre con el hijo adoptivo, que no adquiere parentesco con la familia del adoptante, lo que excluye, necesariamente, la relación de pariente del tronco. Y la troncalidad, según el artículo 6 Compilación, se determina «en el parentesco». Pero este extremo precisa de cuidadosas matizaciones, pues quizás tenga que merecer diversa consideración la situación del adoptado si hay hijos o descendientes del adoptante, o si concurren ascendientes o colaterales del adoptante.

Parece cierto que la equiparación con el hijo legítimo del padre adoptivo habrá de entenderse, no como igualdad entre la posición sucesoria que ocupa el hijo adoptivo y la perteneciente a los legítimos conforme al régimen del C. C., sino igualdad con la posición del hijo legítimo en el régimen de la Compilación. Entenderlo de otro modo llevaría al absurdo de pretender que, como consecuencia de la adopción, experimentaría el hijo legítimo el paso de los derechos sucesorios reconocidos por la Compilación a los establecidos por el C. C. Absurdo que no merece atención, ...a menos que no sea tal absurdo, lo que conviene meditar.

Sólo una sentencia del T. S. conocemos que haya abordado el tema de los derechos del hijo adoptivo de aforado, la de 30-11-77. Declara que «no refiriéndose para nada la Compilación de Derecho de Vizcaya de 30 de julio 1959 a la adopción, cuando se presenta un caso de ella en territorio foral, ha de aplicarse como suplemento, según el artículo 12 del C.C., las disposiciones de dicho Código; por tanto, al dar la legislación común sobre adopción en la herencia del padre adoptante un derecho al hijo adoptivo, dichas disposiciones han de ser respetadas al fijar el orden de suceder en la herencia intestada en derecho foral, intercalando a los hijos adoptivos entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación y en el orden en que, por la asimilación, le corresponda, al igual que ha de respetarse en el derecho común, que tampoco menciona en las disposiciones referentes al abintestato, artículos 930 a 932, a los hijos adoptivos». El padre adoptante había instituido heredero al hijo adoptivo, concebido de esta institución los bienes de naturaleza troncal, los que se reservaba disponer, y murió sin haber dispuesto de ellos, por lo que se declaró heredero abintestato respecto de estos bienes al hijo adoptivo. Una pariente colateral

del adoptante impugnó dicha declaración de heredero abintestato. Se negó, por haber perdido la condición de aforado, al impugnante la calidad de tronquero. Según la Sentencia, en el Considerando inmediatamente precedente al que hemos transcrita, tal negativa «trae consigo el apartamiento de la recurrente en lo referente a la adjudicación de los bienes troncales, o sea que para postular sobre dicho tema no se ha de considerar legitimada; pero como no hay parientes tronqueros con derechos legitimarios para heredar una porción de los bienes dejados por el causante, sin que para dicha porción haya habido previsión testamentaria, ha de abrirse en cuanto a dichos bienes la sucesión intestada, ya sin la mediatización de aquella carga legal, y por si la recurrente pudiera ostentar algún derecho preferente sobre el hijo adoptivo, procede entrar en el estudio de los demás motivos del recurso; dentro de los cuales cabe distinguir dos grupos: aquellos que propugnan la indudable y exclusiva aplicación del derecho foral vizcaíno al caso cuestionado...».

Nos parece que es la declaración más general la de que, por reconocer el Código al hijo adoptivo derecho en la herencia del padre adoptante, se fijará el orden de suceder en la herencia intestada *intercalando* a los hijos adoptivos entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación y en el orden en que, por la asimilación le corresponda, al igual que ha de hacerse en el derecho común.

«*Intercalando* a los hijos adoptivos entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación». Esta es la aplicación que la Sentencia hace del dictado del Código: El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, etc.; artículo 179, para la adopción plena. El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos; artículo 180, para la simple. Preceptos que desarrollan, rectificando lo que pudiera tener de excesivo, por absoluto, el del artículo 176: al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo: bien que el mismo artículo 176 advierte que la identidad en derechos y obligaciones será relativa.

Parece claro que la asimilación a que la Sentencia se refiere no es la del artículo 176, sino la establecida en los artículos 179 y 180, pues la declaración abarca a los hijos adoptivos genéricamente, sin distinguir entre adoptados plenamente y simplemente. Además, como se trata de situar al hijo adoptivo en un escalón del orden sucesorio, la asimilación que haya de tenerse en cuenta debe ser la establecida a efectos hereditarios, esto es, la señalada en los artículos 179 y 180 al fijar la posición ocupada en la sucesión del adoptante.

Los llamados en los artículos 31 y 32 Comp. son: 1.^o los hijos legítimos; 2.^o los naturales; 3.^o a) los ascendientes tronqueros respecto de los bienes troncales; b) los ascendientes respecto de los bienes de troncales; 4.^o a) los colaterales tronqueros respecto de los bienes troncales; b) los colaterales respecto de los

bienes no troncales. Basta esta enumeración para comprender que el intercalamiento, pedido por la Sentencia, del adoptivo entre los herederos abintestato según los artículos 31 y 32 ofrece dificultades. Por eso conviene examinar detenidamente el otro Considerando.

El padre adoptante se había reservado disponer de los bienes troncales, pero, como no lo hizo, hubo de abrirse la sucesión intestada respecto de dichos bienes. Disputan la calidad de heredero el hijo adoptivo y un pretendido colateral tronquero de aquellos bienes, pero el pariente, según afirma la Sentencia, había perdido su calidad de tronquero, por haber pasado de la vecindad foral a la común. Y la Sentencia le niega todo interés en lo referente a la adjudicación de los bienes troncales. Y agrega: «pero como no hay parientes tronqueros con derechos legitimarios (no hay hijos, no hay padres, no hay colaterales dentro del 4.^º grado tronqueros respecto de los bienes en cuestión) para heredar una porción de los bienes dejados por el causante (los bienes de que no habían dispuesto y que procedían del tronco), sin que para dicha porción tampoco haya habido previsión testamentaria, ha de abrirse en cuanto a dichos bienes la sucesión intestada, ya sin la mediatización de aquella reserva legal, y por si la recurrente (el colateral) pudiera ostentar algún derecho preferente sobre el hijo adoptivo en la herencia intestada...».

El causante no había dispuesto en testamento de los bienes troncales; esto es, procedentes de tronco y, además, no hay parientes tronqueros con derechos legitimarios. Ha de entenderse, y valga el inciso, que si hubiera parientes tronqueros con derechos legitimarios respecto de dichos bienes, si hubiera parientes tronqueros, mención que basta, respecto de los bienes procedentes de su tronco, el causante no habría podido disponer de esos bienes en testamento, sino en favor de uno o más de esos parientes tronqueros, porque ellos ostentarián derechos legitimarios sobre los mismos bienes; artículo 22-3.^º y 4.^º Comp. Pero como no hay tronqueros y el causante no ha dispuesto de los bienes procedentes de tronco, ha de abrirse la sucesión intestada.

Como los pretendientes del derecho hereditario eran un colateral que había perdido su calidad de troncal (tal es la tesis jurisprudencial, que no tenemos por qué analizar ahora) y el hijo adoptivo, resulta concluyente que, al partir la Sentencia de que no hay parientes tronqueros, está negando, tácita, pero irrefutablemente, tal calidad al hijo adoptivo. Porque si el hijo adoptivo, por el hecho de ser tal hijo adoptivo, es tronquero en los bienes dejados por su padre, como éste no había dispuesto de los bienes procedentes de tronco, se abriría la sucesión abintestato, pero a él irían a parar los bienes como tronquero, y no habría podido decir la Sentencia que la apertura era «sin la mediatización de aquella reserva legal». Y entendemos que la Sentencia permite concluir que, no obstante concurrir al hijo adoptivo, si concurriera un tronquero, también habriase abierto la sucesión abintestato, pero ahora con la mediatización de

lo que el T. S. llama reserva legal: el derecho legitimario del pariente tronquero.

Como no interviene tronquero ni, por tanto, derecho legitimario de dicho pariente, prosigue la Sentencia, abierta la sucesión intestada, ha de comprobarse quién tiene derecho en la herencia intestada: si aquél, desprovisto de la calidad de tronquero, o el hijo adoptivo: «por si la recurrente (el pariente) pudiera ostentar algún derecho preferente sobre el hijo adoptivo en la herencia intestada». Deducimos de esto que en la confrontación en orden al derecho a suceder abintestato en los bienes procedentes de tronco, el pariente tronquero respecto de tales bienes es quien ostenta el derecho, eliminando la posibilidad de que acceda a dicha porción de la herencia intestada el hijo adoptivo.

No hay pariente tronquero sin bien troncal, y no cabe considerar impregnado por la troncalidad a un bien si no existen parientes tronqueros. Los bienes procedentes de tronco integrados en la herencia del padre adoptante, de que se ocupa la Sentencia, han perdido la cualidad troncal. Y todo lo que venimos diciendo conduce a entender que para los bienes no troncales; sea, como en la Sentencia, porque no hay pariente tronquero, sea porque han sido comprados a extraño por el causante; el hijo adoptivo ostenta el derecho a recibir los bienes, eliminando la pretensión sucesoria de los parientes de las líneas ascendentes y colaterales.

- 3.^º a) los ascendientes tronqueros, respecto de los bienes troncales;
- b) el hijo adoptivo, pleno o simple, respecto de los bienes no troncales;
- 4.^º a) los colaterales tronqueros, respecto de los bienes troncales;
- b) los colaterales, respecto de los bienes troncales.

No vemos motivo para dudar que las soluciones que se derivan de la Sentencia, aunque ésta resuelve un caso de hijo adoptivo con pariente colateral del padre adoptante, han de ser igualmente aplicadas si se trata de ascendiente.

Otra consideración merece, también para la sucesión intestada, si con el hijo adoptivo concurren legítimos o naturales.

Como la Sentencia afirma, ha de intercalarse al adoptivo «entre los llamados por el artículo 31 y 32 de la Compilación y en el orden en que, por asimilación le corresponda». Esto obliga a empezar por distinguir entre la adopción plena y la simple. Orden en que por asimilación se intercala al hijo adoptivo en la plena: ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos; artículo 179. En la simple, la misma posición que los naturales reconocidos; artículo 180. En la herencia intestada no hay posibilidad de que ningún hijo sea mejorado, pues todos reciben lo mismo; artículo 932 C. C. Por ello, el artículo 179 C. C. refiere la «particularidad» a la sucesión testamentaria.

Según la Sentencia, ha de intercalarse al adoptivo pleno en el orden en que por asimilación le corresponda. Y por ocupar la misma posición que los hijos legítimos, la intercalación se hará entre los hijos legítimos. No creemos

que nadie pueda interpretar seriamente que la intercalación se haga, detrás de los hijos legítimos, entre éstos y los naturales.

La idea más sencilla es: el hijo adoptivo recibirá en el total caudal hereditario la misma cuota participativa que cada uno de los legítimos. A la luz del artículo 9 Comp., tendremos el esquema:

- inmuebles en el Infanzonado heredados: los hijos legítimos y el adoptivo, a partes iguales;
- inmuebles en el Infanzonado comprados: los hijos legítimos y el adoptivo a partes iguales;
- muebles e inmuebles fuera del Infanzonado heredados o comprados: los hijos legítimos y el adoptivo a partes iguales.

Esto parece que cumple literalmente el mandato de ocupar la misma posición que los hijos legítimos. En el sistema del C. C. no hay cuestión posible. Pero ¿es tan sencillo en Vizcaya?

El ascendiente y el colateral tronqueros desplazan de la sucesión en los bienes de su tronco al hijo adoptivo, según la doctrina de la Sentencia analizada. Los hijos legítimos son tronqueros de todos los bienes dejados por el padre causante; artículo 7-1.^º Comp. Y, consecuentemente con este criterio, se les defiere la sucesión intestada en la totalidad del caudal; artículo 31, sin distinguir entre bienes troncales y no troncales. Así, se produce lo que nos parece un contrasentido, que quizás sea sólo apparente: el ascendiente y el colateral tronquero desplazan de los bienes de su tronco al hijo adoptivo; y, en cambio, éste entra a participar, en pie de igualdad, con los hijos legítimos, atribuyéndose parte de los bienes de que los hijos legítimos son tronqueros. La contradicción no se resuelve con el arbitrio de atribuir al adoptivo la condición de tronquero respecto a todos los bienes del padre, porque si, como tronquero, entra a participar en los bienes troncales con los hijos legítimos, con más razón debería eliminar o, por lo menos, entrar a participar con los parientes tronqueros ascendientes o colaterales, lo que, conforme a la tesis de la Sentencia citada, no ocurre.

La tesis opuesta sería: como los hijos legítimos son tronqueros respecto de todos los bienes del caudal paterno, y son troncales con relación a la línea descendente, los bienes que señala el artículo 9-1.^º Comp., el hijo adoptivo, que no es tronquero respecto de tales bienes, queda excluido de ellos. Y entrará a participar, en igual proporción que los hijos legítimos, en los bienes muebles y en los inmuebles que, por no radicar en el Infanzonado, no tienen la consideración de troncales.

En esquema:

- inmuebles en el Infanzonado heredados: los hijos legítimos, a partes iguales;

- inmuebles en el Infanzonado comprados: los hijos legítimos, a partes iguales;
- muebles e inmuebles fuera del Infanzonado heredados o comprados: los hijos legítimos y el adoptivo, a partes iguales.

Cabe otro temperamento: distinguir, además, entre los bienes del caudal procedentes de tronco y los «comprados», y que el hijo adoptivo quede excluido de los primeros, que pasarian íntegramente a los hijos legítimos y, en cambio, entraría a participar con éstos en los comprados. Esta solución que, a nuestro entender, dejaría a salvo el principio troncal en su genuina sustancia, tropieza con el texto del artículo 9-1.^a, que hace troncales, con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubiesen sido adquiridos de extraños. El esquema sería:

- inmuebles en el Infanzonado heredados: los hijos legítimos, a partes iguales;
- inmuebles en el Infanzonado comprados: los hijos legítimos y el adoptivo, a partes iguales;
- muebles e inmuebles fuera del Infanzonado heredados o comprados: los hijos legítimos y el adoptivo, a partes iguales.

Cada cual que elija la que le parezca más ajustada a su modo de comprender la coordinación del Código con la Compilación, de la troncalidad en la sucesión intestada y la adopción.

El hijo legítimo desplaza en ella al natural; artículo 31, Comp. El hijo natural es tronquero a falta del legítimo; artículo 7-1.^o. Concurriendo con legítimos, el natural no es tronquero y tampoco heredero abintestato. No es tronquero porque, según el artículo 7-1.^o, Comp., lo son: «a falta de éstos (la descendencia legítima) los hijos naturales». No es heredero porque, según el artículo 31, la sucesión se defiere: 1.^o a los hijos legítimos, 2.^o a los hijos naturales. El adoptivo pleno ocupa la misma posición que el legítimo. Luego puede pensarse que si no hay legítimo y hay natural, el adoptivo pleno heredará todos los bienes. Cierto que el artículo 179-2.^a, en caso de concurrencia de los dos últimos, reconoce derecho a los dos, pero es en la sucesión testamentaria, como se desprende claramente del tenor de la disposición. Además, no parece absurdo que el hijo adoptivo elimine al natural, porque éste es también eliminado por el legítimo, en sistema radicalmente distinto al del artículo 942 C. C. Pero no debe olvidarse que, cuando no hay legítimo, el hijo natural es tronquero, mientras que el adoptivo no lo es, según resulta de las tesis de la Sentencia tantas veces referida. Lo que puede llevar a concluir que el hijo natural heredará los bienes de que es pariente tronquero. En definitiva, el caso se reconduce, «mutatis mutandi», al de la concurrencia de legítimos y adoptivos.

Para la adopción simple, creemos que la situación del hijo adoptivo es, en la sucesión intestada, ante ascendientes y colaterales, igual que la del pleno.

Con los hijos legítimos, ocupa la misma posición que los naturales reconocidos. Como antes se ha dicho, la misma que la reservada a éstos por la Compilación. El hijo natural es tronquero, a falta de legítimos; artículo 7-1.^a. Es heredero si no hay legítimos; artículo 31. El hijo adoptivo simple ocupa la posición que el natural. La consecuencia es clara y directa.

Con los naturales, que son tronqueros, como el adoptivo simple no lo es (tampoco el pleno), creemos que pueden servir los esquemas pensados para el adoptivo pleno y los legítimos. Es decir, y perdóñese el desahogo de matemática elemental, que el adoptivo simple es al natural como el pleno es al legítimo.

Muchísimo más difícil es, a nuestro juicio, fijar la situación del adoptivo en la herencia testada. Aquí no tenemos sentencia, ardiente ni fría, a que agarrarnos. Pero aunque la S. 30-11-77 se refiere únicamente a la sucesión intestada, debe procurarse sacar de ella deducciones aplicables a la testada.

El artículo 179 C. C., en su párrafo primero, enmarca, desde luego, a las dos clases. El hijo adoptivo pleno ocupa en la sucesión testada del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, declaración de alcance absoluto que, en principio, podría ser trasladada al derecho de la Compilación. Pero la declaración es absoluta sólo aparentemente, pues el mismo artículo se encarga de aclarar que si concurre solamente con hijos legítimos, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo más favorecido; y esto no tiene concordancia posible con el sistema de la Compilación. Literalmente, la declaración del párrafo primero lleva a afirmar: si el hijo adoptivo ocupa en la sucesión la misma posición que el legítimo, bastará proyectar sobre aquél el párrafo primero del artículo 22, el 23, el 26, el 27, el 28 Comp. Y como deducción lógica, por lo menos en apariencia, la de que el hijo adoptivo será tronquero del padre adoptante. Puede aparecer potenciada esta conclusión por el artículo 176: al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo. Pues si el legítimo ostenta los derechos inherentes a la troncalidad, el adoptivo también los ostentará. Pero, sin pecar de sutileza, creemos que no son confundibles los derechos inherentes a la cualidad de hijo legítimo, y los ostentados como correspondientes a la condición de pariente tronquero. Y si el hijo legítimo ostenta derechos provenientes de la institución troncal, no son éstos, sino los propios de la filiación legítima, los derechos que corresponden al hijo adoptivo.

En orden a la posición del hijo adoptivo en la sucesión intestada concuerando con ascendientes y colaterales, creemos que ha quedado suficientemente cierto que no es tronquero. Luego, tampoco podrá serlo en la testada si concurre con hijos legítimos, porque o se es tronquero o no se es: siempre, naturalmente, con referencia a un mismo bien troncal.

Si se admite la equiparación absoluta y total del hijo adoptivo y el legítimo, el artículo 22 Comp. habrá de leerse así: la herencia forzosa se defiere por el siguiente orden: 1.º a los hijos legítimos y a los hijos adoptivos plenos y descendientes legítimos... Y como según el artículo 23, el testador puede distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el anterior o elegir a uno sólo de ellos; el padre adoptante podrá distribuir todo el caudal entre los hijos legítimos, uno o más, con exclusión del adoptivo, o adjudicarlo íntegramente al adoptivo, apartando a los hijos legítimos. Lo primero está perfectamente encajado en el sistema sucesorio de la Compilación, puesto que, si ninguno de los hijos legítimos ostenta derecho personal en la legítima familiar, tampoco podrá ostentarlo el adoptivo. Lo curioso es que en el régimen anterior a la Ley de 1970, los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, establecidos en la escritura de adopción, eran irrevocables. Pero la Ley citada no prevé el pacto sucesorio en la adopción, pues concede derecho legitimario al hijo adoptivo, por lo que entra en juego el artículo 1.271 C. C. Esta solución, además de encajada en el sistema de la Compilación, cumple las exigencias del párrafo primero del artículo 176 C. C., pues se reconoce al adoptivo pleno los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, y las del párrafo primero del 179, pues se hace ocupar a aquél la misma posición que al legítimo. Cierto que aparece desconocido el artículo 179-2.º, pero ya advierte el 176 que la asimilación o equiparación de derechos es en lo no regulado de modo distinto por la Ley. Y en la Compilación, que es a ley de la sucesión del aforado vizcaíno, ni hay mejora, ni hay hijo legítimo menos favorecido «por mejora».

La atribución de la total herencia al adoptivo con exclusión del legítimo o legítimos tampoco puede ser rechazada si se acepta la equiparación absoluta. E incluso, en tal caso, habrá de admitirse que cabe sea hecha por el causante o por el comisario. Pero nos parece que la asimilación así entendida tropieza también ahora con el obstáculo de la troncalidad. La Sentencia, a la que de nuevo volvemos, advierte que las disposiciones del C. C. que dan en la herencia del padre «un derecho al hijo adoptivo», han de ser respetadas al fijar el orden de suceder en la herencia intestada en derecho foral, intercalando a los hijos adoptivos entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación y en el orden en que, por la asimilación, le corresponde». A nuestro entender, esta solución puede y debe ser trasladada a la herencia testada, y para hacerlo adecuadamente, es menester fijar con precisión sus conceptos y su alcance. El Considerando previene que se respeten las disposiciones que dan un derecho al hijo adoptivo, pero no necesariamente que en derecho foral le haya de ser respetado el mismo derecho reconocido por el C. C., sino que sean respetadas las disposiciones «al fijar el orden de suceder en la herencia», intercalando al adoptivo entre los llamados por la Compilación y en el orden en que, por la asimi-

lación, le corresponde. Por tanto, al hijo adoptivo se le intercalará entre los hijos legítimos, por ser éste el orden que le corresponde según el artículo 179 C. C. Pero esto no lleva consigo que, pues el legítimo puede recibir toda la herencia: forzosa y quinto libre; recaiga también esta misma posibilidad de recibirla en el adoptivo.

Creemos que debe ser excluida por la carencia de la condición de tronquero del causante. Insistimos en esta idea de que el adoptivo no sea tronquero del causante, de su padre adoptante. Porque, si, como hemos dicho, la troncalidad es una cualidad del pariente del causante determinada con relación a un bien raíz, esto es así en función de que ese bien proceda del tronco en que están aliñeados el causante y su pariente. Y su pariente se hace pariente del adoptante, no de su familia; artículo 176 C. C. Luego, podrá considerársele alineado con el padre adoptante, pero no pertenece a la línea formada por el tronco y el padre. No hemos olvidado, claro está, los artículos 7-1.^º y 9-1.^º Comp. y sus correlativos de los dos consabidos «Proyectos» ni la L. 16 del Título 20 del Fuenro, ni la polémica desencadenada. Pero nos parece que esa Ley y la 11.^a, recogidas en la Compilación, dejan transparentar la idea de que procede distinguir un concepto filosófico-jurídico de la troncalidad y otro literalmente legal; una troncalidad propia y otra impropia; una determinada por el bien que el causante los hubiese habido de patrimonio y abolengo», y la otra por el que «haya comprado en su vida». Y que al atribuir la herencia en primer término a hijos y descendientes lo hace en consideración a que lo son, prescindiendo por completo del origen de los bienes, de que sean de abolengo o comprados; esto es, con independencia de la condición de tronquero. Los hijos tienen, pues, derecho a heredar, por hijos, simplemente, no por tronqueros; así como el ascendiente y el colateral tienen que reunir la condición de tronqueros y la de pariente. Esta consideración, si se acepta, podría resolver el enojoso problema de la postergación de los hijos legítimos por el adoptivo, pues los hijos legítimos han de soportar que se les intercale el adoptivo, no que los postergue. Reducirá a los bienes comprados la parte de herencia de que el adoptante pueda disponer en favor del hijo adoptivo, y excluirá los procedentes de tronco. Nos parece que esto tiene apoyo en una interpretación limpia y válida de las normas y en las declaraciones de la S. 30-11-77, y nos parece menos arbitrario que reconocer al adoptivo derecho al quinto libre; artículo 21 y párrafo primero del 28 Comp.

Lo mismo valdrá si el adoptivo pleno concurre, por falta de legítimos, con naturales. Porque, a falta de hijos legítimos, el natural es tronquero; artículo 7-1.^º; y heredero forzoso; artículo 22-2.^º. Pero del texto legal, literalmente entendido, surge una diferencia si concurren hijos naturales. Porque si el adoptivo pleno ocupa la misma posición que el legítimo, es claro que desplazará al natural. Pero lo desplazará como hijo natural, no como tronquero, y el padre podrá disponer para el hijo natural de los bienes respecto de los que sea tron-

quiero, es decir, de los heredados por el causante sitos en el Infanzonado. Y el resto del caudal: muebles e inmuebles sitos fuera del Infanzonado heredados o comprados e inmuebles sitos en el Infanzonado comprados deberán ser atribuidos al hijo adoptivo, salvo lo que pueda darse como quinto libre.

En concurrencia con ascendientes y colaterales tronqueros es válida la misma solución.

En la adopción simple, el hijo adoptivo, en concurrencia con los hijos legítimos, situado en el orden de los hijos naturales, carece de toda pretensión hereditaria; artículo 180 C. C. en relación con el 22-2.^º Comp. Podrá atribuirle el adoptante el quinto libre o lo que de él resulte disponible; artículo 21 y 28. En el estado actual de la legalidad foral, nos parece que esto no tiene duda posible.

En concurrencia con hijos naturales, nos parece la situación igual que la del hijo adoptivo pleno concurriendo con hijos legítimos.

Si concurre con ascendentes y colaterales, resulta innecesario, tras todo lo dicho, razonar la solución que entendemos posiblemente más ajustada a la necesidad de coordinar la Compilación y el Código, y a la conveniencia de seguir la línea que marca directriz iniciada por la S. 30-11-77: conveniencia forense, claro está. El adoptante podrá atribuir al ascendiente o colateral los bienes respecto de los que éste sea tronquero; del resto del caudal deberá disponer salvo el quinto en lo que resulte libre, en favor del adoptivo.

Obviamente, estas soluciones satisfarán a muy pocos y probablemente a nadie. Tratan, sencillamente, de armonizar el principio asimilador del hijo adoptivo y el reconocimiento de derechos sucesorios en las normas vigentes del C. C. con los preceptos de la Compilación sobre herencia y troncalidad. La Ley de 1970 da la impresión de que no se acordó, para bien ni para mal, de que había un derecho foral vizcaíno. Reguló el instituto acomodándolo al sistema de legítimas del derecho común, tan diferente de la legítima familiar del Fuero, y no tuvo en cuenta la función ejercitada por la troncalidad. Soluciones no presentadas como dechado, pero que pueden servir, por lo menos, para dejar patente la necesidad, más que conveniencia, de que sea acogida la adopción y regulado la situación del adoptado en el derecho foral de Vizcaya.

[6]

«La costumbre como fuente del Derecho foral vizcaíno»

SCALA, J.M.:

En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Vizcaya*. 1982,
núm. abril, págs. 37-47

**LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO
FORAL VIZCAINO**

*por José M.ª Scala
Abogado*

La disposición final segunda de la Compilación del Derecho Foral de Vizcaya dispone que en lo en ella no previsto y en tanto no se opongan a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya el Código Civil y las leyes que éste declara vigentes.

La aplicación directa del Código Civil lleva como más inmediata consecuencia suprimir para el Derecho Foral la posibilidad de invocar y aplicar la costumbre, admitida como fuente normativa por el artículo 6 del Código, en su primera redacción y ahora por el apartado 3 del artículo 1 del texto actual.

Pero esto, dicho así, quizá resulte erróneo, por exceso.

Si se sigue la literalidad del precepto compilado, parece suficientemente cierto que, ante una laguna de la Compilación, no cabe alegar una costumbre, y que para suplir el vacío, habrá que acudir al Código Civil.

Pero para dejar así cumplida la disposición final segunda, habrán de concurrir dos presupuestos: que en el Código exista precepto que regule lo no previsto en la Compilación; y que esta norma no se oponga a «esta Ley».

La primera circunstancia no precisa exégesis y son numerosísimas las instituciones ausentes de la Compilación y contempladas por el Código.

La otra ya es diferente. Si el Código se aplica en lo no previsto en la Compilación y en tanto no se oponga a ella, ha de deducirse que si el Código se opone a «esta Ley», a la Compilación, los preceptos del Código resultan inaplicables.

Si el Código se aplicara «en lo no previsto» en la Compilación, la primera observación que se le ocurre a cualquiera es en que no debe representar inconveniente aplicar las disposiciones del Código en lo no previsto en la Compilación, pues exige la oposición para surgir la confrontación de dos normas reguladoras contradictoriamente de un mismo supuesto. Pero la superficialidad de esta apreciación no resiste el más ligero análisis, pues, evidentemente, una norma del Código puede oponerse a una de la Compilación, aunque sus objetos y materias sean diferentes. Bastará para ello que al aplicarse el artículo del Código se produzca una situación jurídica rechazada por alguna disposición del Cuerpo Foral. Muy exactamente dice Adrián Celaya, Comentarios, pág. 441: «hay que tener en cuenta que el Código Civil resulta totalmente inaplicable cuando se trata de cubrir lagunas, en aquellas materias en que la Compilación se inspira en principios radicalmente distintos. Es imposible aplicar simultáneamente principios incompatibles».

La Compilación no se entretiene, lógicamente, en vanas sutilezas, y ante

la necesidad de ordenar las fuentes del Derecho Foral, materia que exigía una toma de posición, rechaza, lisa y llanamente, a la costumbre. Por lo menos, eso parece, puesto que, así como en el llamado Derecho Común la costumbre «regirá en defecto de la ley aplicable»; según la Compilación, la deficiencia en ella se suple por el Código Civil, que se aplicará directamente. Puede creerse, en términos muy generales y muy en principio, que en el derecho foral no cabe que se dé el defecto de ley aplicable, pues la Compilación queda directamente complementada, complementada por el Código. Es posible que la inclusión del adverbio de modo en la disposición final segunda obedezca, en parte, al deseo de evitar cuestiones como la planteada por el señor Sánchez Román, para quien el Código Civil tenía «carácter supletorio, pero subsidiario» (por anteposición de las leyes de Castilla anteriores al Código) del Fuero. ¿Es nuevo el repudio de la costumbre en el Derecho Foral?

Sólo una toma de posición preconcebida puede sostener la ausencia de la costumbre en un sistema jurídico cuyos cuerpos legales justifican con tenacidad sus preceptos acudiendo a la costumbre. El Preámbulo del Fuero Viejo de 1452, en una de sus muchas alusiones a lo mismo, señala que «el dicho dotor e corregidor dijo que los dichos vizcaínos que era verdad habían sus franquezas e libertades, eso mismo sus usos i costumbres e fuero de albedrio por donde se juzgaban e se mantenían. Y, para comenzar por el principio, inicia el Capítulo 1.^º con esta advertencia: «Primeramente dijeron que los vizcaínos habían de fuero e de uso e costumbre que cuando quier que el Señor...». Son también muchas normas de puro Derecho Civil en las que «habian de uso y costumbre»; capítulos 131, 133, 182, etc. Y aunque la alusión es de carácter eminentemente de Derecho Público, en la Confirmación del Fuero por D. Fernando el Católico, «a treinta días del mes de julio, año del Señor de mil y cuatrocientos y setenta y seis años... en presencia de nos, Gaspar Darino, Secretario del dicho Señor Rey y del su Consejo. Y Juan Ibáñez de Unzueta, escribano del dicho Señor Rey y de la Audiencia del Corregidor y de los testigos de yuso escritos... y notificaron al dicho señor Rey que por cuanto ellos habían y han de Fuero y de uso y costumbre loada y aprobada de diez y veinte y treinta y cincuenta y ochenta y cien años a esta parte, y más tiempo y tanto tiempo quee memoria de hombres no es en contrario...». Celaya, en sus Comentarios, página 6, recuerda, oportunamente, que «la llamada reformación de 1506 inspira la Ley 3.^a del T. 36 del Fuero Nuevo, de cuyo texto arrancan todos los ataques contra la costumbre de Vizcaya».

Pero no hay necesidad de remontarse. Setenta y cuatro años después de comenzar a regir el derecho escrito con la promulgación del Fuero Viejo, confiesa paladinamente el de 1526, en su Preámbulo, que «se escribieron en el dicho Fuero muchas cosas que al presente no han nesidad de ellas, y otras que... están superfljas y no se platican: y otras que al presente son necesarias para la

paz y sosiego de la tierra y buena administración de la Justicia, se dejaron de escribir en el dicho Fuero y se usa y platica por uso y costumbre; y a las veces, sobre lo ta, hay pleitos y reciben las partes mucha fatiga y costa en probar como ello es de uso y de costumbre y se guardan». Por ello, «debián de diputar personas de letras y de ciencia y conciencia y experimentadas en el dicho Fuero, usos y costumbres...». Esto es claro, pero no lo es menos que en la tantas veces invocada en pleitos Ley 3.^o del Tit. 26, afirma «que casi todos sus pleitos se pueden determinar por este su Fuero: el cual es más de albedrío que de sotileza y rigor de derecho y que no aprovecharía si los jueces hubiesen de sentenciar contra el dicho Fuero y no según el tener de él, y se hubiesen de guiar por otras Leyes del reino o de derecho común canónico o civil u opiniones de doctores. Y «por ende», ordena que no sentencien por otras leyes ni ordenanzas «salvo por las leyes de este Fuero de Vizcaya (los que por ella se puedan determinar) y los que por ellas no se pudieren determinar, determinen por las leyes del reino y pragmáticas de su Alteza: «con que las Leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleitos siempre se prefieran a todas las otras leyes y pragmáticas del reino y del derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare «sea en sí ninguno y sin ningún valor y efecto».

La decisión del Cuerpo legal de 1959 es, en principio, la misma que la del Fuero, pues tanto da establecer lo que no se pueda determinar por las Leyes del Fuero se determinará por las leyes del reino; que: en lo no previsto por éste; en lo no previsto en la Compilación se aplicará directamente el Código. En ambas fórmulas aparece marginada la costumbre, y se salvan los vacíos del derecho foral con las normas del somún. No parece, pues, que la Compilación innova. El rechazo de la costumbre alcanza su mayor contundencia en la Ley 13 del Título 7.^o, en la que, con ocasión de negar valor, aparentemente, a los resultados de interpretar las Leyes del Fuero, que «se haga y tenga y se guarde al pie de la letra», agrega: «sin embargo de cualquier Ley del Fuero Viejo, (como observa Jado) y uso y costumbre y ceremonias que hasta aquí se hayan guardado, usado y acostumbrado». Debe pensarse que no es lícito ampliar la prohibición, el «sin embargo», a la costumbre ulterior, y que deben quedar reducidos a la costumbre que se había guardado «hasta aquí», hasta que se promulgó el Fuero de 1526. Pero tampoco puede rechazarse «a priori» la idea de que el Fuero; cuya redacción no responde, como es natural, a la precisión semántica que pedimos ahora a las normas legales; el Fuero, decimos, quizás trató de prescindir de la costumbre, aun de la futura. Desde luego, del texto no se desprende esta conclusión de modo necesario, a nuestro entender.

Es curioso que Jado mencione como derecho supletorio del Fuero «el llamado derecho común contenido en el Código Civil y también el anterior a éste, pero únicamente para aquellas instituciones que habiendo sido derogadas por

el Código Civil subsisten en el Fuero de Vizcaya; sin acordarse para nada de la costumbre.

García Rojo, que dedica a la costumbre sus páginas quizás más evanescentes, dice, en la página 201 del tomo 1.^o, bajo el epígrafe «Lo incompleto del Fuero.—Lo escrito es una cuota mínima del d. foral vizcaíno. La resistente urdimbre de intereses vaciados en costumbres se imponía para mejor salvaguardar la voluntad popular de posibles intromisiones del Señor... Muchas de las leyes escritas están derogadas, en desuso o anacrónicas. El céano consuetudinario domina el afluente del d. escrito. No sabe apenas d. foral quien se limita a éste último».

Areitio no alude a la costumbre.

Celaya, al comentar la disposición final 2.^a de la Comp., dice que «es lamentable que los foralistas no hayan abordado este problema (el de las fuentes de derecho) con mayor atención o profundidad», que «el artículo 12 del C. C., en su redacción original respetaba el derecho foral escrito o consuetudinario», que «la más importante fuente del Derecho en la tradición vizcaína es la costumbre», que «el Fuero o los Fueros de Vizcaya no son sino recopilaciones de costumbres»; que la Ley 3.^a, Título 36, «No se puede pretender que elimine la costumbres, que ni siquiera es mencionada, aunque es cierto que a la luz de la exégesis moderna, podía dar lugar a esa interpretación... Y así ha ocurrido que en una interpretación excesivamente literal y conceptualista se ha tomado esta Ley 3.^a... y se ha interpretado con la mayor «sotileza y rigor de Derecho», llegando a la conclusión de que, puesto que la costumbre no es mencionada, no tiene valor en Vizcaya. Lo más penoso es que este criterio haya sido recogido por el T. S. que, en Sentencia de 19 mayo 1962 (es de 1960), declaró que «en Vizcaya el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales».

Es fácilmente apreciable que si en el análisis de la admisión o rechazo de la costumbre en el derecho constituido por el Fuero no hemos sabido o no hemos podido establecer un criterio que nos resulte convincente sin reservas, tampoco han debido de encontrar bases suficientes de certidumbre García Royo y Celaya.

Pero, «uno piensa el bayo y otro, el que lo ensilla». El Fuero pudo admitir o eliminar a la costumbre, pero lo cierto y efectivo es que el vizcaíno incorporó la costumbre al derecho por el que se regían los aforados, introduciendo por esta vía instituciones o modalidades no recogidas por el Fuero. Y no una ni intranscendente, sino varias y con no insignificantes consecuencias. El Fuero no adopta el derecho de representación en la herencia intestada. Bastará la cita de Jado, página 421: «La Ley del Fuero 8.^a, título XXI, que regula la sucesión intestada, no admite el derecho de representación ni en la línea recta descendente ni en la colateral». Pues bien, con la autoridad de que estaba investida, «la Comisión —se refiere al autor a la Espesia de Codificación— reco-

nociendo que ni el Fuero Viejo ni el vigente admiten el derecho de representación, se decidió por admitirlo en la línea recta descendente.. He aquí lo que consta en las actas de la Comisión acerca de este particular, cuando se trató de la Ley 8.^a, T. 21 del Fuero: «Se acordó sostener las disposiciones de la misma, admitiendo el derecho de representación en la línea descendente... Esta es la costumbre que se observa. Las palabras de la Ley han tenido en la práctica esta interpretación... La Comisión reconoce que entre la práctica que se observa y las palabras de la Ley, hay contradicción manifiesta. En efecto, la práctica reconoce y admite, sin controversia de ninguna clase, el derecho de representación en la línea descendente, no obstante el texto de la Ley 8.^a... Como se ve, la Ley es terminante y, atendidos a su texto, forzoso será reconocer que ni en el Fuero Viejo ni en el Fuero reformado se admite el derecho de representación en la línea descendente. Pero... hoy pasa como exiomático el principio de que ese derecho existe en la línea descendente» Esto es absolutamente concluyente, porque no es la opinión de un comentarista, sino el reconocimiento de una situación proclamada por los entonces encargados de actualizar el derecho vi gente de modo efectivo.

Pues esta costumbre reconocida y recogida por el Proyecto de la Comisión y también por la del Colegio de Abogados ha sido sencilla y paladinamente aco gida en el artículo 31-1.^º y 2.^º de la Compilación.

Que el Tribunal Supremo denegara en alguna Sentencia el derecho de representación en la línea descendente no demuestra otra realidad que la reali dad de la distancia de su estimativa con la creación espontánea innegable de las normas.

La regulación del poder testatorio por la L. 3.^a, T. 21, fijaba unos plazos fatales para el ejercicio del poder y otorgamiento del testamento por el Comisario Plazos fatales, de estricta y rigurosa observancia, determinantes de invalidez, como reiteradamente y en sentencias no muy alejadas de este tiempo lo han estimado; ¡ay!, algunos Juzgados de nuestra provincia y, naturalmente, y como no podía de ser menos, la Territorial de Burgos y el Supremo. Pero lo completamente cierto es: y si no hubiera sido así no habrían tenido que pronunciarse los tribunales; que, como dice Jado, página 271 y ss.: «En la tierra llana de Vizcaya concurren circunstancias que.. aconsejan que el plazo sea prorrogable, y de ahí que en el poder mutuo que suelen concederse los esposos en las capitulaciones matrimoniales, siempre se prorroguen el término legal por todo el tiempo que el sobreviviente lo considere necesario», y por su cuenta, agrega: «ampliaríamos más el plazo legal fijado por el proyecto, mejor dicho, facultaríamos al poderdante para que pudiese prorrogarlo por todo el tiempo que a bien tuviese, siempre que el Comisario fuese su cónyuge, y al hacerlo así no se introduciría ninguna novedad; antes al contrario, lo que nos extraña es no verlo establecido en el Proyecto de Apéndice, pues, ya lo dijimos antes, es

costumbre que se pierde en la lejanía de los tiempos y por actos tan repetidos que puede asegurarse que así como constituye una excepción el que se otorgue una escritura de capitulaciones matrimoniales sin que los esposos se concedan mutuamente poder para testar, también lo es el que no se prorroguen el plazo para hacer uso del poder por todo el tiempo que el sobreviviente lo creyese necesario, facultándose también para hacerlo en forma de donación o de testamento, y en uno o varios actos, a voluntad del que sobreviva, del comisario».

Habrá a quien le parezca bien, y a quien mal. Pero la prórroga del poder, visceralmente sentida por los vizcaínos e inserta en su derecho por la vía de la costumbre, era una realidad. Tanta que, a pesar de su rechazo por la Jurisprudencia, ha sido recogida en la Compilación, en su artículo 19.

Otra costumbre por todos reconocida y por muy pocos, quizás por nadie despreciada es la continuación del arrendamiento del caserío de una a otra generación. Costumbre que, por cierto, se sigue, no sólo en Vizcaya, sino también en Guipúzcoa, por lo menos en el valle del Urola. En la que participan, no obstante sus intereses contrapuestos, arrendatarios y dueños, y respetan los hermanos del que sucede en el arriendo al padre.

El Fuero acepta, recoge y hace suyas normativas introducidas en la vida jurídica por la vía de la costumbre: «El Fuero o los Fueros de Vizcaya y Alava no son sino recopilaciones de costumbres», según acertada apreciación de Adrián Celaya. Durante toda la vigencia del Fuero, se enriquece, o se deteriora, que para todo hay gustos, el cuerpo de instrucciones del Derecho Foral con el mantenimiento o la introducción de costumbres. La Compilación las toma para sí. ¿Cómo no reconocer que la costumbre es una constante, antes y después del Fuero Viejo, antes y después del Fuero de 1526, sin solución de continuidad hasta la Compilación?

Hétenos ya ante ella y su disposición final 2.^a. Antes de analizar sus términos puede resultar interesantemente expresivo «leer» lo que no dice. Esto se facilita trayendo a comparación la norma del Código Civil. Su artículo 1.287 previene que la costumbre del país se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos; el 485 ordena atenerse a la costumbre en el usufructo de monte. Pero además de estas aplicaciones concretas, contenía la declaración genérica del artículo 69: Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar; completada por la del artículo 5.^º: contra la observancia de las leyes y, en consecuencia, del Código, no prevalecerá la costumbre. Tras la reforma de 1974, el artículo 1.^º: Las fuentes de ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre. Y el 3.^º: La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público.

Hay la incorporación de la costumbre, su integración entre las fuentes de derecho; la caracterización como fuente supletoria en defecto de ley aplicable,

y la limitación en respeto de la moral y el orden público. Se admite, genéricamente, la costumbre, pero es, concretamente rechazada si hay ley aplicable o si es contraria a la moral o al orden público. De otra forma: se admite si no hay ley aplicable, y se la rechaza si es aplicable a dichos entes de superior valor. Como se ve, median una admisión y un rechazo: ambos expresos. Lo que no aparece es la inadmisión de la costumbre contra ley, que tampoco se declara en el artículo 2.^º-2. Probablemente por no considerarse necesario, pues si las leyes sólo se derogan por otras posteriores, claro está que no podrá prevalecer contra ellas una costumbre en contrario.

La disposición final 2.^º de la Compilación, que viene a ser un complemento de su artículo 1.^º, no contiene declaración alguna relativa a la costumbre; no la proclama fuente de derecho, pero tampoco la rechaza. Sencillamente, no la menciona. Desde luego, algo más que omisión de la costumbre es advertible en el precepto, pues llamando al Código como fuente supletoria directa de la Compilación, impone la aplicación del Código si falta presente compilado, con lo que impide la observancia de la costumbre con preferencia a la norma pertinente del Código. Esto es cierto, aunque nos apresuramos a opinar que, a nuestro entender, desafortunado. Pero como no formula declaración alguna que expresamente incluya ni excluya a la costumbre, hay que agotar el contenido del precepto. El Código se aplicará en lo no previsto en la Compilación, pero no se aplicará en lo que se oponga a ella. Luego, cuando no exista en la Compilación norma aplicable, y la del Código se oponga a la Compilación: no, naturalmente a norma inexistente; en este supuesto de oposición, que ya está dicho puede producirse, queda prohibido acudir al Código. Carente la Compilación de norma, inhabilitada la del Código, se abre un vacío legal. Y la única forma racional de salvarlo es acomodar la decisión a la costumbre: si la hay, claro está. Resulta esto tan elemental, que parece una futilidad ocuparse en señalarlo.

Tampoco damos con otros sistemas de resolver el vacío legal cuando ni la Compilación ni el Código contienen precepto aplicable.

La materia de las fuentes de Derecho no queda agotada con una declaración tan simple como la de la disposición final 2.^a. En ella se proclama fuente supletoria de la Compilación al Código, pero no da soluciones para el caso de que no pueda serlo, ya porque carezca de norma adecuada, ya porque teniéndola, se oponga a la Compilación. La disposición resulta, así, incompleta, insuficiente y afectada un indesconocimiento vacío legal. Deficiencia que ha de ser subsanada. Y esto no exige lucubración ni admite vacilación. Si no encontramos en la Compilación el derecho aplicable, si tampoco nos sirve, por cualquiera de los dos motivos advertidos, el Código, la única fuente de derecho disponible, con indiscutible legitimidad, es la costumbre. Sería imposible, aunque resultara absurdo, esta solución única y forzada, si la disposición final

2.^a contuviera prohibición expresa de acudir, en ningún caso, a la costumbre como fuente de derecho supletoria. Pero no lo prohíbe.

Curiosamente, la misma disposición final plantea una situación derivada directamente de su propia norma. La única fuente de derecho supletorio que reconoce es el Código Civil, y como pueden producirse situaciones en que no valga, es preciso dar con otra fuente de derecho. Hay que ir a buscarla al Cuerpo supletorio de la Compilación que es el Código: concretamente a su artículo 1.^º es curioso, como decimos los bilbaínos, pero el Código resulta fuente supletoria de la misma disposición final 2.^º de la Compilación). Y en él, al jerarquizar las fuentes del ordenamiento jurídico español, se coloca a la costumbre en el puesto inmediato de la ley. Aunque creemos que es innecesario, recordaremos que las disposiciones del título preliminar «tendrán aplicación general y directa en toda España»; artículo 13-1, Código.

También nos parece que, declarado el Código por la Compilación como fuente supletoria, si no regula la situación de que se trata, crea una situación que resuelve el propio Código en su artículo 1.^º declarando a la costumbre supletoria de sus laginas. Y como tal, habría de ser aplicada, ya que en la Compilación no hay precepto que rechace a la costumbre.

A nuestro juicio, es perfectamente defendible como solución legalmente impuesta, la integración de la costumbre como fuente de derecho en el vizcaíno, siempre que la norma que se ofrece en el Código como aplicable se oponga a la Compilación, y también a falta de norma en el Código. Pero creemos que el análisis del Fuero y del precepto compilado; no llega a más el nivel lamentablemente insuficiente de nuestras posibilidades de discurso; pone de manifiesto datos que permitan a los que saben derecho foral establecer criterios quizá no conformes con el asentado en la Sentencia del Tribunal Supremo, recordada por Celaya, de 19 de mayo de 1960, que dogmatiza así: «que en Vizcaya, el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales, y no podrá ser invocado como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales, a lo que se oponen las mismas leyes del Fuero, pues en la 13 del título 7.^º dispone que los Jueces que han de aplicar sus leyes lo hagan al pie de la letra, en el Condado y señorío, sin atenerse a cualquier ley del Fuero, uso y costumbre y ceremonia que anteriormente se haya guardado, si están en contra de lo confirmado entonces en los Fueros teniéndolo por revocado, anulado y sin ningún valor ni efecto; reiterando esta Ley la 3.^a del título 36, que ordena que ningún Juez que resida en Vizcaya, Corte o Chancillería ni el Consejo Real ni ningún otro, en los pleitos que ante ellos fuesen de entre los vizcaínos, sentencien, determinen ni libre por otras leyes ni ordenanzas ninguna, salvo por las leyes de este Fuero de Vizcaya (lo que por ellas se pueda determinar) y lo que por ellas no se pudiese determinar, determinen por las leyes del Reino o pragmáticas de su Alteza del Rey; que las leyes de este Fuero de Vizcaya

en la decisión de los pleitos de Vizcaya y Encartaciones siempre se prefieran a todas las otras leyes y pragmáticas del reino y del derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare o proveyere sea en sí ninguno y de ningún valor ni efecto... leyes que obedecen a las razones que motivaron la modificación de la recopilación del Fuero antiguo de Vizcaya, vigente desde el año 1952, en la junta celebrada el 5 de abril de 1526, de suprimir cosas que no son necesarias, otras que son superfluas y que no se practican, y dejando en cambio de consignarse otras que son necesarias para la paz y sosiego de la tierra y buena administración de justicia, las que se practican por uso y costumbre, siendo muchas veces difícil y costoso probar y esos usos y costumbres, y que hacia falta también clarificar las leyes del Fuero, quitando en ellas lo superfluo y no provechoso ni necesario, añadiendo y escribiendo en dicho Fuero todo lo que estaba sin escribir que por uso y costumbre se practica, para que así reformado dicho Fuero no haya ninguna de las partes hacer probanza sobre si el dicho Fuero en las leyes de él son usadas o guardadas o no, y por tanto, de disposiciones tan claras y precisas...».

Consideramos, con respecto de cualquier otra opinión, necesario de toda necesidad que en la reforma que, imprescindiblemente debe producirse en el derecho foral vizcaíno, sin que, probablemente, resulte oportuno ni provechoso hacerlo «a lo navarro», se introduzca a la costumbre interpuesta entre las disposiciones contenidas en la Compilación y el Código Civil. Por ejemplo, en orden a la donación con reserva del usufructo de la mitad; a la donación con carga de alimentos; referidas por Celaya en sus Comentarios, página 132 y 133; al plazo de caducidad del «il buruco», en la página 150.

Aunque, lógicamente, produce cierto asombro tras la lectura de la Sentencia transcrita, contribuye a apoyar este criterio una observación contenida en la 2.^a Sentencia de la de Casación de 10-10-77. En su Considerando tercero afirma que el artículo 47 de la Compilación supone, en definitiva, el reconocimiento de costumbre general de la región, acogida en los documentos públicos que en ella se otorgan y recogidos en los proyectos de Apéndices o Compilaciones de 1900, 1928 y 1958».

[7]

«Apartamiento del padre en favor del nieto»

SCALA, J. M.:

En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Vizcaya*. 1982,
núm. mayo-agosto, págs. 13-37

APARTAMIENTO DEL PADRE EN FAVOR DEL NIETO

*Por D. José M.ª Scala
Abogado*

El artículo 21 de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, aprobada por la Ley 42/1959, de 30 de julio, define la legítima o herencia forzosa como constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador.

El 22, determina que la herencia forzosa se defiere por el siguiente orden:

«1.^º A los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima.»

Y en su último párrafo: «A falta de estos herederos forzosos todos los bienes, troncales o no, serán», etc,

Y el 23 precisa: «El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno sólo de ellos apartando a los demás».

Ciertamente, la disposición final 1.^a ordena: «Todas las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala quedan sustituidas por las contenidas en esta Compilación». Fórmula aceptada también en^a las Compilaciones de Cataluña, Baleares y Galicia, diferente de la cláusula derogatoria expresa empleada por el Apéndice Foral y por la Compilación de Aragón y de la implícitamente derogatoria que contiene la Compilación de Navarra. Pero debe comenzarse el estudio de aquellos preceptos con el de sus antecedentes.

En el Fuero Viejo, ordenaba el Capítulo CV «Que se pueden dar é mandar todos los bienes á un fijo, apartando con un árbol a los otros».

«Otros dijeron que habían de fuero uso é costumbre que cualquier home o mujer que hiciese hijos legítimos de legítimo matrimonio, pueda dar, así en vida como en artículo de la muerte, a uno de los sus hijos é fijas todos sus bienes muebles y raíces, dando é apartando algún tanto de tierra poco ó mucho á los otros hijos é fijas, aunque sean de legítimo matrimonio, é si hijos legítimos nin nietos de legítimo matrimonio non hiciese que por esta misma forma pueda dar é apartar a los hijos naturales...»

Y el CVI «Herederos ab-intestaboo».

«Otros dijeron que habían de fuero é de costumbre que si algún home o mujer muriere sin facer testamento o sin manda é dejase hijos legítimos aquellos hijos hereden todos sus bienes é si hijos no hiciesen los nietos é si nietos non hiciesen los parientes más cercanos...»

Y el Fuero de 1526, cuyas disposiciones han quedado sustituidas por las de

la Compilación, contenía la Ley 11.^a del Título 20 «Como los padres pueden dejar su hacienda a uno de sus hijos, apartando a los otros con alguna tierra, y de la sucesión de los hijos que no son legítimos».

«Otros dijeron: Que habían de Fuero, uso, y costumbre y establecían por ley, que cualquier hombre, o mujer que hubiere hijos de legítimo matrimonio, pueda dar, así en vida, como en el artículo de la muerte a uno de sus hijos o hijas legítimas, o a nieto y descendiente de su hijo, o hija legítimo, que haya sido fallecido, todos sus bienes, muebles, y raíces, apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho a los otros hijos o hijas y descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio. Y si hijos o descendientes legítimos de legítimo matrimonio no hubiere, que por esa misma forma pueda dar, y apartar a los hijos naturales que hubiere de mujer soltera...»

Y la Ley 8.^a del Título 21 «De la sucesión abintestato en bienes raíces y muebles.

«Otros dijeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre, y establecían por ley, que si algún hombre o mujer muriere sin hacer testamento, ni otra posturimera voluntad, y dejare hijos legítimos, o descendientes, aquellos hereden todos sus bienes por su grano, y orden: y a falta de los hijos y descendientes, le suceden y sean herederos los ascendientes por su grado, y orden...»

Sabido es que no se conoce ningún tratado sobre el Fuero Viejo, pero los preceptos del Fuero sustituido por la Compilación han sido, naturalmente, estudiados por varios autores.

Hormaechea, leyes Civiles de Vizcaya (1891): «Hemos dicho que, según el Fuero de Vizcaya y fundándonos en las dos leyes transcritas, son herederos forzosos los descendientes legítimos y los ascendientes legítimos y los parientes tronqueros dentro del cuarto grado, pero es preciso tener en cuenta que no ocurre aquí en Castilla, en donde los herederos forzosos que se encuentran en el mismo grado, deben repartirse la herencia por partes iguales, a menos que alguno de ellos haya sido mejorado; en Vizcaya, los herederos del primer grupo excluyen a los del segundo, los del segundo a los del tercero pero el testador, dentro de cada uno de estos grupos, puede designar el sucesor tronquero que mejor le parezca, aunque no sea el más próximo en parentesco, apartando a los demás, con algún tanto de tierra, poco o mucho como lo dispone la ley 11 del título 22», pag. III. Réstanos examinar ahora la libertad que le conceden (al testador) las leyes del Fuero, para dejar sus herederos, sujetándose a los tres grupos que forman los herederos forzosos, entre los cuales el primero excluye al segundo y al tercero... Dejamos sentado que son herederos forzosos en primer término los descendientes... Si el testador tuviera descendientes sólo podría disponer libremente en favor de extraños o de su alma, de una quinta parte de sus bienes, teniendo necesariamente que adjudicar el resto de su fortuna a alguno o algunos de sus descendientes. La libertad que al padre o a la madre

asisten de adjudicar integralmente o distribuir su fortuna entre sus hijos es absoluta, puesto que no tiene otra limitación (más nominal que real) que la que le impone la legítima foral de los otros descendientes, que se reduce a una fórmula de apartamiento... Esta libertad de elección que corresponda al padre o a la madre... es la institución por excelencia del derecho foral de Vizcaya; la más arraigada en sus costumbres, la más querida, etc.», pag. 168. Y también explica: «otra de las notas características de esta clase de familias (la que llama familias tronqueras) es la de que puede ser íntegra la transmisión mortis causa en favor de alguno de los hijos. El Fuero de Vizcaya no impone la transmisión en esta forma, ni atribuye preferencia alguna al hecho casual que determina la época del nacimiento ni el sexo, pero deja en completa libertad a los padres para que puedan hacer de su libertad de elección el uso más conveniente a los intereses de la familia... Si el padre posee varios caseríos, los distribuye generalmente entre sus hijos... Al casar a uno de sus hijos, lo asocia a su trabajo, a su caserío...» pag. 258.

Chalbaud, La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898): «El derecho de la troncalidad no se da a todos y cada uno de los tronqueros, se da en favor de la parentela troncal... Cada grupo de parientes en el orden de llamamientos no tiene otro derecho, sino el de impedir que los bienes raíces se concedan a otros parientes que no sean pertenecientes a su grupo. Esos grupos conforme antes he explicado son cuatro: 1.º hijos y descendientes legítimos... la existencia de los dos primeros grupos con separación de prioridad, está justificada con las razones que he señalado al tratar de los hijos naturales, y las disposiciones terminantes de la ley 11, tit. 20 que pone como primer grado los hijos y descendientes legítimos, segundo los naturales y tercero los profincos legítimos... Dentro de cada uno de esos grupos, y siguiendo el orden riguroso de prelación en ellos establecido, es donde el legislador tiene la libertad de elegir heredero, pero no le tiene de elegir a uno cualquiera de los grupos. Fórmanse, pues, grados de parentela troncal, cada uno de los cuales tiene el derecho de legítima por su orden, de suerte que los individuos que lo componen no pueden oponerse a la designación de heredero sino en cuanto por esta designación haya sido preferido el grupo a que pertenezca. Así que decía con propiedad, que el de troncalidad no es un derecho del individuo, sino de la familia o parentela troncal», pag. 53. «Explicado... quienes son parientes tronqueros, únicamente he de advertir tratando de transmisiones lucrativas que son herederos tronqueros esos mismos parientes, y por el modo de prelación por grupos que en aquel lugar dejé señalado. Y dentro de los grupos indicados tiene el testador el derecho de elegir la persona que le suceda en la raíz troncal, derecho expresamente reconocido en cuanto al grupo de descendientes por la ley 11, tit. 20, puede dar así en vida como en el artículo de la muerte a uno de sus hijos o hijas legítimos

o a nietos, etc., apartando algún tanto de tierra poco o mucho para los otros hijos o hijas» (pag. 62).

Vicario, Derecho Consuetudinario de Vizcaya (1901): «Libertad de testar I Sancionaron (los redactores del Fuero) la libertad de testar. Podían disponer de toda su fortuna en favor de un hijo o descendiente, pero no en favor de un extraño, y a falta de hijos y descendientes... la ley faculta a los padres para desheredar a sus hijos, excepto uno... la costumbre adaptada por los padres... consiste: en elegir para heredero de la hacienda, bien por donación intervivos o mortis causa, al hijo más idóneo o más hábil para el manejo de la labranza, imponiéndole la obligación de satisfacer a sus hermanos en metálico, por vía de dote...»

Angulo, Derecho Privado de Vizcaya (1903): «Hay una porción del patrimonio individual sobre la cual la libertad absoluta de testar no puede ejercerse, porque el organismo familiar acreedita preferentes derechos... esa porción legítima, ¿cómo se distribuye entre los distintos parientes que están colocados dentro de un mismo grado sucesorio, por ejemplo entre los hijos, entre los colaterales que tienen igual derecho, etc.?.. Tales personas no acredditan su derecho a la sucesión como individuos... sino como representantes del organismo familiar... El grupo de parientes llamados a la herencia (hijos, colaterales en cierto o en ciertos grados) son declarados herederos forzados por la ley en razón de que por su grado de parentesco son, como tal grupo, los que mejor y más genuinamente representan a la familia del causante», pag. 65. «Hay que reconocer que la fijación del tanto que a cada miembro del grupo de parientes llamado a la herencia corresponde percibir, debe ser fijado por el mismo testador»; pag. 70. «Corresponde... al testador el fijar el tanto que a cada heredero, de los del grupo llamado por la ley toca percibir del completo as hereditario.» Pues ese testador... tendrá en su conciencia como verdad axiomática la indivisibilidad de la casería...; será a las veces la hija y no los hijos la escogida como heredera, porque las condiciones personales del yerno podrán pesar mucho más en la balanza de sus decisiones; ordenará al que designe como sucesor en la casería que dé pensiones o capitales a sus hermanos...»; pag. 72. «El Fuero, admitiendo el sistema de las legítimas, establece ciertas categorías de herederos forzosos, que se designan de la siguiente manera: descendientes... el derecho de los testadores de establecer el tanto que a cada participante en el grupo de herederos forzados corresponde en la masa hereditaria; y es tal la amplitud que a la voluntad de dichos testadores se concede, que con emplear la llamada fórmula de apartación, dejando a los herederos a quienes de este modo se excluye algún tanto de tierra, poco o mucho, puede darse todo el caudal a un solo heredero»; pag. 76. «El Fuero reconoce el sistema de las legítimas... establece ciertos órdenes o grupos de parientes a quienes atribuye la cualidad de herederos forzosos. Estos grupos son: primero, los descendientes

legítimos... es tal la amplitud que el ejercicio de la totalidad de los testadores se concede, que con emplear la llamada fórmula de apartación, dejando a los herederos a quienes de esta manera se excluye algún tanto de tierra, poco o mucho, puede darse todo el caudal a un solo heredero... esa facultad se refiere a todos los grupos de herederos forzosos: de modo que lo mismo puede instituirse a un hijo, excluyendo a los demás, que a un ascendiente, que a un colateral, siempre, empero, que se guarde la prelación indicada de unos órdenes respecto de otros»; pag. 114. Y también: «la consideración de que ejerciéndose la relativa libertad de testar que el Fuero establece, lo mismo cuando se dispone entre hijos que cuando se dispone entre ascendientes...» pag. 119.

Solano, Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya (1918): «Faculta el Fuero a los padres para nombrar heredero a un solo hijo en el caserío familiar, y este hijo no tiene que ser fatalmente el primero, como sucedía en la legislación castellana con el mayorazgo, ni como en Cataluña con el hereu; ni con la púbilla, ni con un hijo determinado como en otras legislaciones particulares. El testador bizkaino puede nombrar heredero al hijo que desee, para que así lo sea el más apto... el testador bizkaino puede incluso nombrar heredero a una hija. Por lo tanto, la institución de heredero en el Fuero es libre entre los hijos, si bien hace de éstos siempre herederos forzosos y aún obliga al testador a que deje a cada uno de ellos algo, poco o mucho, para hacer ver de esta manera a los extraños que si no suceden los otros hijos en la propiedad familiar no es causa de indignidad... Si no existen hijos o descendientes, los legisladores bizkainos quisieron que los bienes familiares subieran a la traviesa...»; pag. 252. «Todos estos jueces (los que cita), de un modo unánime y uniforme, fueron partidarios de que regía en Bizkaya el derecho de representación, y así lo declararon sin que nadie apelara de sus proveídos que parecieron tan evidentes que ni siquiera se discutieron jamás en juicio declarativo posterior... Todos los representantes del Ministerio Fiscal que en los 28 expedientes informativos, opinaron unánimemente que es un hecho real y patente que la costumbre en Bizkaya tiene desde tiempos remotos admitido el derecho de representación en la línea recta en el Infanzonado»; pag. 324.

Jado, Derecho Civil de Vizcaya (1923): «Son herederos forzosos los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos y los profincos o colaterales tronqueros... Son herederos forzosos en primer lugar los hijos y descendientes legítimos, constituyendo su parte legítima las cuatro quintas partes de los bienes... A falta de hijos y descendientes legítimos, si hubiese ascendientes legítimos, el testador podrá disponer también libremente...»; pag. 298. «Dentro de cada grupo de herederos y respetando el orden de preferencia establecido, descendientes legítimos, ascendientes legítimos... el testador puede repartir sus bienes entre los herederos forzosos como quisiere o elegir a uno de ellos y dejarle todos los bienes. Esa facultad, esa libre elección dentro de cada grupo

la vemos establecida en varias leyes del Fuero... Bien sea por donación, según ya vimos al hablar de ella, bien por testamento, el padre o madre puede dejar todos sus bienes a uno de sus hijos o hijas legítimos pero apartando a los demás con algo de tierra, con la legítima foral estricta. La facultad de elección en el caso de que haya hijos y otros descendientes no se extiende a poder elegir a uno cualquiera de éstos, pues para que el testador pueda dejar todos sus bienes al nieto o descendiente de su hijo o hija se requiere que ese hijo o hija haya fallecido, según lo dice la misma ley», pag. 326. «La sucesión intestada sigue el mismo orden de la testamentaria, pues son llamados a ella primero los descendientes y después los ascendientes... Los hijos y descendientes legítimos suceden por su orden y grado... sin que se admita el derecho de representación», pag. 416. «La ley del Fuero 8.^º, título XXL, que regula la sucesión intesada, no admite el derecho de representación ni en la linea recta descendiente ni en la colateral, pues al hablar de la primera dice que los hijos y descendientes hereden por su orden y grado y además de estas palabras que, desde luego indican la preferencia de la proximidad, tenemos los precedentes, legales ya que la ley del Fuero Viejo que trata de la sucesión intestada dice que si alguno muriese sin hacer testamento y dejare hijos legítimos, éstos hereden todos su bienes, ó si hijos no hoviere los nietos, de modo es que los nietos sólo heredan a falta de hijos. La Comisión, reconociendo que ni el Fuero Viejo ni el vigente, admiten el derecho de representación, se decidió por admitirlo en la linea recta descendiente, articulo 63 del Proyecto de Apéndice. He aquí lo que consta en las actas de la Comisión... hoy pasa como axiomático el principio de que ese derecho existe en la linea descendente;» pag. 422.

García Royo, Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas (1952): «La sucesión testamentaria vizcaína en línea recta no se basa solo en la troncalidad; pero no excluye al lado del orden natural de afectos, el sistema objetivo que atiende al orden social. Este se concreta sobre todo en la indivisión de la explotación orgánica, mediante la facultad electiva del más apto por la vía del apartamiento de los demás, sin que haya obligación de atenerse en la elección a la proximidad del parentesco... La elección de herederos tronqueros entre los descendientes tiene como única limitación la de que para que el testador pueda dejar todos sus bienes al nieto o descendiente de su hijo o hija se requiere que el hijo o hija haya fallecido; t. 3.^º, pag. 14. «Por derecho consuetudinario se admite en Vizcaya el derecho de representación, como reconocen Balparda, Jado, Chalbaud, Solano, Angulo, Hormaechea, la Comisión Especial de Codificación y la Poenencia del Colegio de Abogados de Bilbao, en la linea descendiente»; pag. 72. «Se citan casos notables en que se ha hecho uso de la representación... Si no estuviera acogido tal derecho en la práctica consuetudinaria, no se autorizaría como se hace ininterrumpidamente por los Notarios»; pag. 75.

Celaya, Vizcaya y su Fuero Civil (1965): «La libertad del Fuero consiste

en el derecho de elegir, entre el grupo de herederos llamado por la ley, aquel que ha de recibir los bienes»; pag. 281.

El proyecto de Apéndice de la Comisión Especial Codificadora contiene:

Artículo 39. Teniendo hijos legítimos o descendientes legítimos, el testador podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes. Los otros cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos, entre los cuales podrá el causante repartirlos como tuviere por conveniente, o elegir a uno de sus hijos o descendientes cuyo padre hubiese fallecido y apartar a los demás con poco o mucho de tierra raíz. Y el 64. La sucesión ab-intestato corresponde en primer lugar a los hijos legítimos y descendientes legítimos. Los hijos heredan por derecho propio y los descendientes por derecho de representación.

Y el proyecto del Colegio de Abogados de Bilbao:

Artículo 35. El testador que tenga hijos legítimos o descendientes legítimos podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes, con la limitación a que se refiere el artículo 47. Los otros cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos cuyo padre o madre haya fallecido, entre los cuales podrá el causante repartirlos como tenga por conveniente, o elegir a uno de sus hijos y descendientes y apartar a los demás. No será necesaria fórmula alguna especial de apartación... artículo 56. La sucesión ab-intestato corresponderá en primer término a los hijos legítimos y descendientes legítimos. Los hijos heredarán por derecho propio y los descendientes por derecho de representación...

Comentador del Proyecto de la Comisión es Balparda, El Fuero de Vizcaya en lo Civil (1903): «Pueden ser herederos forzosos según el Proyecto; 1.^a Los hijos y descendientes legítimos... Respecto del orden en que entran a ser herederos legitimarios, los hijos y descendientes lo son en primer lugar... No existiendo hijos ni descendientes legítimos, el Proyecto de Apéndice establece diferencias... En resumen, los hijos y descendientes legítimos son herederos forzosos siempre»; pag. 20. Los dos principios capitales del derecho hereditario vizcaíno, a saber, la troncalidad y la facultad de repartir la legítima como el testador tenga por conveniente entre sus herederos forzosos»; pag. 31. «En el Fuero no se reconoce en la línea descendente ni en la colateral el derecho de representación; los precisos términos de la ley 106 del Fuero Viejo no dejaban la menor duda sobre este punto. ¿Quién, sin embargo, no se hubiera atrevido a sostener, sobre todo tratándose de descendientes, que dicha forma de suceder tenía lugar en Vizcaya? La misma Comisión especial de Codificación dice que hoy pasa por axiomático el principio de que ese derecho existe en la línea descendente, aunque no en la colateral. Y es que el silencio de la ley 8.^a, título XXI, en este punto, no constituye una sepecialidad foral, sino una laguna del Fuero que es preciso llevar con las leyes generales»; pag. 33. El Tribunal Supremo resolvió, en sentencia de 22 de diciembre de 1920, el pleito

interpuesto por la hija de un testador contra el nombramiento de sucesora tronquera a favor de una hija de aquélla, con el siguiente «considerando: Que son tan claros y precisos los términos en que la ley 11, tit. 20 del Fuero de Vizcaya consigna la facultad a favor de los padres para disponer de sus bienes inmuebles, estableciendo la distinción entre los hijos de legítimo matrimonio o el nieto descendiente de hijo legítimo «que hubiese fallecido», que fue evidente su infracción según estima la Sala sentenciadora, y como consecuencia la nulidad del testamento de 21 de febrero de 1903, otorgado por Dña. J. de S. en la Villa de Durango, limitada por el fallo solamente en cuanto en él se nombra inmediata sucesora tronquera de determinados bienes raíces del marido de la testadora a su nieta, la recurrente, viviendo la madre de ésta, actora en la litis y la nulidad también de la adjudicación de bienes que le fue hecha en la petición realizada a la defunción de la testadora, nulidades que con razonamiento legal acertado, establece la sentencia resumida y en su consecuencia, no puede prevalecer contra la estimación hecha por la Sala la contraria que aduce la recurrente con un particular criterio en el motivo primero del recurso, sosteniendo la libertad absoluta de testar, sin la limitación que el fallo recurrido reconoce; ni puede admitirse la infracción supuesta en el motivo segundo de la doctrina legal que invoca, ya que, según queda expresado, la citada ley del Fuero marca una perfecta distinción entre el hijo legítimo de matrimonio y el nieto descendiente de hijo que hubiese fallecido, circunstancia que no se da en la recurrente; ni ha de prosperar contra el fallo la infracción supuesta del artículo 1257 del Código Civil aducida en el motivo quinto, pues atendiendo a la significación y avance que debe darse a la citada ley 11, tit. 20 del Fuero según se ha expresado, no cabe duda que al no ser respetada por la testadora en 21 de febrero de 1909 pretiriendo a la hoy resumida, se excedió según declara la sentencia de las facultades que según Fueno aplicable le otorga su marido en el poder testario hecho constar en los capítulos matrimoniales». El examen que precede resultará, seguramente, fatigoso, pero tiene la ventaja de tener reunidos elementos de juicio suficientes, a nuestro entender, para ensayar un entendimiento correcto, que pueda resultar el foralmente más apropiado, de los artículos de la Compilación.

Podemos comenzar por la comparación de las normas transcritas del Fueno Viejo y del ahora restituido. El capítulo 105 del primero permite dar a uno de los hijos todos los bienes inmuebles y raíces, apartando a los otros hijos, «e si fijos non hobiése a los nietos».

A nuestro entender, el precepto es lo bastante claro que se pueda pedir: entre varios hijos, se puede dar todo, no solamente la raíz, sino la total herencia, a uno solo, o repartirla entre ellos. Ello no ofrece duda: Si uno puede dar todos sus bienes a uno de sus hijos, también podrá darle sólo parte del resto a otro u otros. La ley se refiere a todos los bienes, porque tal expresión

es idéntica a la de «todos o parte». Y no quedando hijos, dar a un nieto, o repartirlo entre ellos «en aquella forma». Literalmente entendida la norma, si vive un hijo, a los nietos, hijos de este o de otros hijos del testador, no se les puede dar todo ni algo siquiera, salvo los muebles; cap. 111.

Nada más opuesto a la idea de que pueda nombrarse heredero a un nieto apartando a su padre vivo. Tampoco parece posible negar que la locución «todos sus bienes... apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho a los otros hijos», encierra la idea de que la posibilidad de atribuir la herencia a un hijo es cuantitativamente ilimitada; es decir que a un hijo se le puede dejar «hasta todos los bienes». Y otro tanto respecto a los nietos. Y no creemos lícito deducir: si se puede dar a un nieto, cuando no hay hijos, todos los bienes; cuando hay hijos vivos, se puede dar a un nieto, poco o mucho, siempre que no fuera toda la herencia. El derecho se representación no tiene cabida. Los nietos no pueden compartir la calidad de heredero con los hijos. La ley 11.^a del título 20 del Fuero de 1526, sustituye a la del Fuero Viejo, proclamando que se pueda dar a uno de los hijos o a nieto y descendiente de hijo «que haya sido fallecido, todos sus bienes... apartando con algún tanto de tierra poco o mucho a los otros hijos y descendientes». Desde luego no es idéntico a su antecedente, pues ahora, entre varios hijos, se puede dar todo a uno solo, o repartirlo entre ellos; exactamente lo mismo que en el Viejo. Pero quedando hijos y nieto cuyo padre «haya sido fallecido» se puede dar al nieto todos los bienes, o distribuirlos entre el nieto y los hijos.

Nos parece claro, aunque siempre estamos dispuestos a reconocer los errores propios, que, también en esta ley, «todos sus bienes... apartando con algún tanto de tierra poco o mucho, a los otros hijos o hijas y descendientes» significa, simplemente que se puede dejar a un hijo o a un nieto cuyo padre es fallecido «hasta todos los bienes». Y que tampoco es lícito concluir: pues que a nieto cuyo padre falleció se le pueden dejar todos los bienes; se puede atribuir al hijo de padre vivo, poco o mucho, siempre que no sea toda la herencia.

Es verdad que la ley refiere el apartamiento con algún tanto de tierra a los otros hijos «y descendientes». Esto supone que si hay solo hijos, ha de apartarse «a los otros hijos». Si hay hijos y nieto cuyo padre ha fallecido, se tendrá que apartar a los otros hijos y al nieto. Lo que sucede es, simplemente, que si apartados los hijos, premuriere uno de ellos al testador y deja hijos, y el testamento solamente aparta a los hijos del causante, los nietos podrán alegar que no están apartados. Que esta interpretación es correcta queda, a nuestro juicio demostrado con la siguiente observación. Un padre con hijos y nietos, deja al fallecer todos los bienes a un hijo soltero y aparta a todos los casados. Si al fallecer viven todos los hijos, los nietos no pueden; y creemos que a nadie se le ha ocurrido lo contrario; alegar la omisión de un apartamiento. Claro está que, si fueran herederos forzosos aún viviendo su padre, tendrían que haber

sido apartados. Aún más grave. Si el Fuero permitiera apartar al hijo en favor del nieto, y lo que exige que el nieto sea, aún viviendo el padre, heredero forzoso del abuelo; cuando un testador con hijo único casado y padre dejara a ese hijo único todos sus bienes, tendría que apartar a los nietos y a los biznietos y a los tataranietos, etc., porque aunque el hijo sobreviva a su padre testador, todos esos descendientes podrían alegar la falta del apartamiento. Nos parece que se facilita grandemente la inteligencia exacta de la ley, suprimiendo en su texto la locución de «que haya sido fallecido». Queda así: puede dar a uno de sus hijos o a nietos y descendientes de su hijo todos sus bienes, apartando con algún tanto de tierra a los otros hijos y descendientes. Y resulta clarísimo; se pueda dejar indiferentemente, a un hijo o a un nieto, hijo, a su vez, de padre vivo o de padre muerto, todos los bienes, apartando a los demás hijos y nietos; y es obvio que también se les puede dejar, no todos los bienes, sino parte de ellos. Pues no menos claro parece que si eso es lo que tal texto significa, no pueda decirse lo mismo que el texto legal, que introduce la cláusula del fallecimiento del padre del nieto del testador. Ya se puede dar todo o parte al nieto hijo de padre fallecido, pero no al nieto hijo de padre vivo.

Tanto se ha escrito sobre el derecho de representación en la sucesión testada y tan variado y dispar, que resulta imposible adentrarse con seguridad de juicio en tan escurridizo tema. Pero, sin entrar en polémica, para la que nos falta preparación, pensamos que la ley 11.^a establece algo que puede considerarse a lo menos como una especie de analogía con la representación. Si el testador puede dar a nieto y descendiente de un hijo que haya sido fallecido es porque considera que ese nieto ocupa el mismo lugar que su padre premuerto o (para que no pueda decirse que tomamos partido) le otorga en lugar de al fallecido, la posibilidad de recibir.

Luego si al nieto puede dársele todo o algo de la legítima cuando su padre ha fallecido, porque la ley le otorga esa posibilidad en lugar del fallecido, resulta difícilmente rebatible que no se le podrá dar vivienda al padre.

La interpretación de la ley 11.^a por la Sentencia de 23 de diciembre de 1920, nos releva en realidad de buscar más justificaciones. La sentencia ofrece gran interés, por cuanto ratifica la nulidad del testamento «limitada por el fallo (de la Audiencia) solamente en cuanto en él se nombra inmediata sucesora tronquera de determinados bienes raíces del marido de la testadora a su nieta, la recurrente, viviendo la madre de ésta». No se anula la designación de heredera universal de la nieta con apartamiento de su padre vivo; no, la atribución de todos los bienes de la herencia, sino la de determinados bienes raíces que forman parte de la herencia. Pero como opinó el Sr. Hormaechea; también citado en reciente estudio del Sr. Lezón; que, dentro de cada grupo, se puede designar al que no sea más próximo en grado, no debemos dejar sin análisis tal criterio. En primer lugar, sus palabras pueden ser entendidas en sentido

de que, concurriendo un hijo y un nieto de padre premuerto, aunque el nieto no es el más próximo, puede ser designado heredero. Pero si afirma la posibilidad de dar al nieto apartando a su padre, advertíramos que, como queda transcrito, el autor no lo fundamenta con la ley 11.^a del título 20, sino con las leyes 18.^a y 14.^a del mismo título. Pero la 18.^a se refiere a las disposiciones en favor de extraños, y la 14 a la disposición sobre bienes muebles, «en caso que tenga hijos o descendientes o ascendientes legítimos puede mandar y disponer de todo lo tal hasta el quinto de todos sus bienes...» sin ocuparse para nada de preferencia entre hijos, descendientes o ascendientes. Ningún otro tratadista del Fuero ha repetido la idea del Sr. Hormaeche, ni aludido siquiera a la posibilidad de dar al nieto con apartamiento de su padre. Chalbaud dice que «en cuanto al grupo de descendientes por la ley 11, tit. 20, puede dar (la raíz troncal) así en vida como en el artículo de la muerte a uno de sus hijos o hijas legítimos o a nietos etc., apartando... a los otros hijos o hijas». Pero su parcial transcripción de la ley, omitiendo lo que en su texto sigue a nieto: «y descendiente de su hijo o hija legítimo que haya sido fallecido, «deja ver que el autor no entró a considerar la cuestión de si se podía o no dejar la herencia al nieto apartando a su padre. Jado y García Royo, los dos autores que tocan el tema, coinciden en que el padre del nieto ha de haber fallecido. Además tanto la Comisión como el Código, que en sus proyectos trataron de trasvasar el contenido del Fuero, establecieron, respectivamente, que los cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos, entre los cuales podrá al causante repartirlos como tuviere por conveniente, o elegir a uno de sus hijos o descendientes cuyo padre hubiere fallecido y apartar a los demás... Y con mejor división: «los otros cuatro quintos serán para los hijos legítimos y descendientes legítimos cuyo padre o madre haya fallecido, entre los cuales podrá el causante repartirlos como tenga por conveniente, o elegir a uno de sus hijos y descendientes y apartar a los demás».

Este era el modo general de entender la ley 11.^a

Podemos entrar ya en el estudio de las dudas que suscita el artículo 23 de la Compilación: «El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno solo de ellos apartando a los demás».

La norma se refiere a la distribución de la herencia forzosa por el testador entre los herederos forzosos; esto es, los enumerados en los cuatro ordinarios del artículo 22, y prescinde del quinto de la herencia que, por ser de libre disposición, puede ser atribuido, tanto a los parientes señalados en ese artículo 22, como a extraños. Por eso, su materia es la distribución de la herencia forzosa; los cuatro quintos de la totalidad de los bienes, según el artículo 21.

Los artículos 22 y 23 mencionan la herencia forzosa, pero el artículo 21 la identifica con la legítima: «la legítima o herencia forzosa se halla consti-

tuida...» Con lo que parece que la Compilación abre para la herencia forzosa la problemática entera que la legítima suscita en el Código Civil. Quizás por ello, el artículo 23 no impone la designación de heredero, ni trata para nada de ella, y se refiere, con meditada ambigüedad a la distribución de la herencia forzosa entre los herederos forzosos. En lo que se advierte falta de sistema, al menos semántico, pues en los artículos 24 y 25, respecto a los descendientes y los colaterales, señala que heredarán. Diferencia de la que entendemos no cabe deducir consecuencia práctica alguna.

El artículo 23 permite distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo 22 o elegir a uno solo de ellos apartando a los demás. Y este artículo 22 establece el orden en que se defiere la herencia forzosa, colocando en el primer lugar a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima. Como a los demás parientes que les siguen en orden, les llama herederos forzados: ni más ni menos, lo que hacen los artículos 806 y 807 del Código Civil.

Por consiguiente, el artículo 23, al permitir al testador que distribuya libremente la herencia entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas establecidas en el 22, presta congruente acatamiento al orden de preferencia establecido en el citado 22. El testador no puede distribuir la herencia forzosa, entre los ascendientes, habiendo descendientes, ni entre los colaterales, si viven ascendientes. Habiendo descendientes, la herencia forzosa, los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador, ha de ir precisamente a ellos. Si lo que queda vivo es los ascendientes, otro tanto, sin perjuicio de la inoficiosidad de la disposición del quinto restante, en lo que excede de los bienes no troncales; párrafo primero del artículo 27, No cabe duda razonable acerca del significado de la referencia a los «comprendidos en cada una de las líneas», en cuanto al orden de preferencia excluyente entre unas y otras.

Se permite al testador distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos forzados comprendidos en cada una de las líneas. Mejor y más exactamente; porque la dicción del precepto debemos respetarla: entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno solo de ellos. Y en el n.º 1.º del artículo 22 están comprendidos los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima. La cuestión es ésta: El testador, ¿puede distribuir libremente la herencia entre cualquiera de los parientes comprendidos en el n.º 1.º del artículo 22, entre todos ellos indiferiadamente: hijos, nietos y sucesivos descendientes legítimos?

Se pueden presentar diversas situaciones, que quizás exigirán tratamientos para cada una en la aplicación del precepto.

Excluida la concurrencia de solo hijos o solo nietos, etc., que no ofrece

cuestión alguna en el tema que examinamos; en caso de que concurran uno o más hijos vivos del testador e hijos de un hijo fallecido, parece que cabe muy poca duda en orden a que el testador pueda distribuir la herencia forzosa, con plena libertad, entre sus hijos y los hijos del fallecido, e incluso elegir a uno solo de éstos, apartando a todos los demás hijos y nietos. Puede asignar los cuatro quintos a un nieto, apartando a sus hermanos y tíos. Porque la herencia forzosa se defiere a los hijos y sus descendientes con derecho de representación a favor de su descendencia. Es decir: al hijo; si el hijo ha fallecido, se defiere, por derecho de representación, al nieto, que es descendencia del hijo; si el hijo y el nieto han fallecido, se defiere, por derecho de representación, al bisnieto. En esta situación, el testador puede asignar los cuatro quintos a un hijo o a un nieto por la sencilla razón de que, tanto el uno como el otro, son herederos. El hijo, heredero directo; el nieto, heredero en virtud del derecho de representación. Por lo tanto, ambos encajan perfectamente en el concepto requerido por el párrafo primero del artículo 23: herederos comprendidos en la primera de las líneas a que se refiere el artículo 22.

Situación a todas luces diferente es la concurrencia de hijos del testador, o hijos de estos hijos, y modalidad de ella se da cuando concurren un solo hijo y un solo hijo suyo. Su formulación extrema es ésta: ¿Puede atribuirse toda la herencia forzosa al nieto apartando al hijo? Al hijo vivo, claro está, pues si ha muerto, no hay concurrencia, sino heredero forzoso único.

Creemos que se puede decir, con toda verdad, que la duda ha tenido su origen en la Compilación. Y por eso el Sr. Lezón, en su estudio mencionado dice que el pasado año ha conocido «varios casos de nombramiento de heredero único en favor del nieto viviendo su padre, apoyándose el abuelo en el artículo 23 de la Compilación». Porque, ciertamente, no podían haberse apoyado en la Ley 11.^a. Cabe discurrir cuanto se quiera sobre la libertad de testar, sobre lo que a cada uno le parezca que debe entenderse por tal, pero nos parece muy difícil negar que lo que el Fuero quiso implantar e implantó está tijado con la suficiente precisión y rotundidad en dicha ley.

La fórmula específica del Fuero; al hijo o al nieto descendiente del hijo fallecido; ha sido sustituida, en la Compilación, por otra de enunciado genérico: entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas o elegir a uno solo de ellos.

La línea primera, en el artículo 22 de la Compilación, como en los artículos 915, 917 y 930 del Código Civil, es la descendente, y los herederos comprendidos en ella son los hijos y descendientes y su descendencia: todos legítimos, desde luego.

Partiendo de esta comprensión del artículo citado, se ha dicho y hasta se ha llevado a la práctica la idea; luego, si el testador puede dejar libremente la herencia forzosa a un heredero comprendido en la línea descendente, y en la

línea descendente están comprendidos hijos y nietos, el abuelo puede apartar al hijo vivo, y dejar la herencia forzosa entera al nieto, hijo de ese hijo vivo.

¿Es así, ciertamente, esto? Hay que empezar por decir que el n.^º 1 del artículo 22 tiene que ser leído y entendido, tal como aparece enunciado, sin desfigurarlo ni mutilarlo. Comprende a los herederos forzosos de la línea descendente; que herederos forzosos los llama el párrafo último: «a falta de estos herederos forzosos...». Y esos herederos forzosos están señalados de modo concreto, preciso, inequívoco y exacto: son los hijos y los descendientes con derecho de representación a favor de su descendencia. Esto es; repitiendo lo ya dicho: el hijo y, a falta del hijo, por derecho de representación, su descendencia que es el nieto; el nieto y, a falta del nieto, por derecho de representación, su descendencia que es el biznieto. Esta es la forma correcta de entender la enumeración contenida en el n.^º 1.^º del artículo 22. No, el hijo y el nieto, indiferiadamente, sino al hijo y, por derecho de representación, el nieto. Y el derecho de representación no lo tiene mientras viva su padre.

No debe dejar de advertirse que el artículo 22 forma parte del capítulo dedicado a la sucesión testada, y su número primero procede directamente de la Ley 11.^a del título 20 del Fuenro, que faculta para dejar todos los bienes al hijo o al nieto hijo del hijo fallecido; que el Proyecto de la Comisión Especial destina los cuatro quintos a los hijos y descendientes cuyo padre o madre haya fallecido; artículo 39; que otro tanto, en su artículo 30, hace el Proyecto del Colegio de Abogados; que uno y otro no trajeron de innovar en este punto, y recogieron lo que entendían era el Fuenro.

No parece dudoso que el artículo 22-1.^º adopta una expresión simpificadora en la que el enunciado «el derecho de representación a favor de su descendencia» ha de entenderse en sentido de que el concepto «descendencia» ha de ser referido tanto a «hijos» como a «descendientes», por lo que en realidad significa «hijos con derecho de representación a su favor de su descendencia» y «descendientes con derecho de representación a favor de su descendencia». No hay otro modo correcto de entenderlo.

En el concepto de hijos no está incluido el nieto, porque está integrado en el concepto de descendientes, como lo está el biznieto y sucesivos. Nieto, biznieto, etcétera, con descendientes tronqueros del hijo: tan descendiente el nieto como los restantes. Por consiguiente el mismo tratamiento otorga el precepto al nieto como al biznieto. Claro que el biznieto es también descendiente del nieto, como éste lo es del hijo. ¿Por qué es heredero el tataranieto? Como descendencia del biznieto, en virtud de la representación, a falta del biznieto. ¿Por qué es heredero el biznieto? Como descendencia del nieto, en virtud de la representación, a falta del nieto. ¿Por qué es heredero el nieto? Como descendencia del hijo, en virtud de la representación, a falta del hijo. No se diga que el último caso es diferente, ya que el nieto es descendiente del hijo. La

razón es la misma: el nieto es descendiente del hijo, como los mismos padres son descendientes de los que le preceden. El precepto no establece diferencia entre el nieto y los sucesivos grados. Y si el biznieto, que es descendencia, hereda como descendiente del nieto, el nieto, que también es descendencia, hereda como descendencia del hijo. El biznieto hereda en virtud de la representación, y el nieto exactamente lo mismo. Pretender que el biznieto herede en virtud de la representación y el nieto no, carece de apoyo en el texto legal y es además una incongruencia. Algo como esto: son herederos forzosos los hijos, los nietos y por derecho de representación los descendientes de los nietos, biznietos, etc. O son herederos forzosos los hijos, los descendientes; esto es, los nietos, con derecho de representación a favor de su descendencia, que son los biznietos; los biznietos, con derecho de representación a favor de su descendencia que son los tataranietos... La cuestión está bien clara: el derecho de representación se reconoce lo mismo a la descendencia del hijo del testador: al nieto; que a la descendencia de los descendientes del testador: el biznieto, etc.

Si lo comparamos con el artículo 807-primero, del Código Civil, que reza: los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos, parece claro que la Compilación, al introducir de modo expreso el factor integrado por el derecho de representación, ha respondido al deseo y propósito de evitar la posibilidad de duda acerca de la interferencia de la representación en la línea descendente, para la sucesión testada. Duda que, en cuanto a la legislación común, se ha suscitado y dado ocasión a tan diferentes soluciones como los que los tratadistas han ingeniado y el tribunal Supremo adoptado. Pues bien, la Compilación no permite siquiera duda acerca de ello. Podemos, pues, repetir que, interviniendo la representación en la línea descendente, el nieto del testador solamente es heredero forzoso en virtud del derecho de representación: muerto su padre.

El artículo 22-1.^º se ha preocupado, ciertamente, de señalar que el nieto es heredero forzoso en virtud del derecho de representación. El nieto será heredero solamente muerto el padre suyo. Si esto es así, lo que nos parece seguro, resulta imposible que el nieto, mientras viva su padre, sea uno de los herederos forzosos de la línea descendente entre los que pueda distribuir libremente la herencia el testador: la herencia forzosa. El testador no puede atribuir, viviendo el hijo, la totalidad de la herencia forzosa al nieto porque si ese nieto no es un heredero forzoso según el artículo 12-1.^º, tampoco puede serlo al efecto del párrafo primero del artículo 23.

No podemos encajar la idea de que si el testador puede, conforme al artículo 23, nombrar heredero al nieto, apartando al hijo vivo, introduzca el artículo 22 el derecho de representación en la línea descendente nos parece oficialmente rebatible que el derecho de representación es absolutamente incompa-

tible con la posibilidad de que el nieto herede el abuelo, viviendo al padre de aquél.

No vemos incoherencia entre ambos preceptos. El artículo 2.^º no señala como posible los beneficiarios de la distribución de la herencia a «los hijos y descendientes», sino a «los herederos comprendidos en cada una de las líneas». La incongruencia se produce, precisamente, si se trata de identificar a los herederos, mencionados en el artículo 29, con los hijos y descendientes, indiferenciadamente, cuando la única identificación posible es con los hijos y, en virtud del derecho de representación, con los descendientes.

Que el párrafo primero del artículo 23, al mencionar a «los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior», no pretende identificar a tales «herederos» con hijos, nietos, etc., indiferenciadamente, queda manifiesto con una sencilla observación.

En su literal enunciado, se refiere a todos los herederos mencionados en cada uno de los cuatro números del artículo 22. Esto es evidente. Evidente en su pura literalidad, pero no en su correcta interpretación si nos fijamos en el n.^º 32, diríamos que puede distribuir libremente la herencia forzosa entre los padres y ascendientes legítimos. Recordemos que la herencia forzosa es, según el artículo 21, los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador: sin distinción entre ellos. Eso es lo que dice el artículo 21. Como los padres y ascendientes legítimos son, indudablemente, herederos comprendidos en una de las líneas del artículo 22, la consecuencia directa es la posibilidad de distribuir libremente los cuatro quintos de la totalidad de los bienes entre los padres y ascendientes. Claro está que no, y que el testador tiene que amoldarse a lo que le marcan el párrafo primero del artículo 24 y, lo que es más interesante para este análisis, el artículo 25. Más interesante por lo que vamos a ver: «los bienes que no sean troncales, dice este último artículo, por mitad entre ambas líneas, sea cual fuere la proximidad de grado entre una y otra». Sea cual fuere la proximidad de grado entre una y otra. Es decir; si en la línea paterna vive el padre, y en la materna, el abuelo, aunque el padre es más próximo en grado que el abuelo, el testador tiene que dejar la mitad de los bienes no troncales que resulten integrados en la herencia forzosa o legítima, al padre, y la otra mitad, al abuelo materno.

Esta referencia a la proximidad de grado hacia por el artículo 25 resultaría innecesariamente si en la una y en la otra de «ambas líneas» pudiera el testador nombrar heredero al padre, al abuelo, al bisabuelo, indiferentemente. Luego el artículo 25 ha de entenderse, sin duda, en sentido de que dentro de cada una de las líneas ascendentes, no es heredero el abuelo si vive el padre. Exactamente como ocurre en la colateralidad, para la cual el artículo 24 previene que los tronqueros de la línea respectiva heredarán «por proximidad de grado».

No olvidemos que la Compilación no introduce el derecho de representación más que para los descendientes.

Pues si en las líneas ascendente y colateral, a pesar de la dicción del párrafo primero del artículo 23, no se puede distribuir libremente la herencia entre todos los ascendientes y todos los colaterales, sino que ha de respetarse la proximidad de grado, queda patente que no se puede licitamente concluir que el mismo artículo 23 ampare la libre distribución de la herencia forzosa entre todos los descendientes; hijos, nietos, etc., indiferenciadamente, sino tal y como lo impone el artículo 22-1.^º: los hijos y, en virtud del derecho de representación los nietos, etc.

Y pues que hablamos de líneas, anotemos que el artículo 23 emplea la palabra en sentido muy diferente que los artículos 24 y 25, aunque tal anfibología no debe dar ocasión a problema alguno.

Creemos que la imposibilidad de admitir el apartamiento del hijo en favor del nieto se patentiza también con la lectura correcta del artículo 23: El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas... ¿Quiénes son los beneficiarios del precepto? Los herederos comprendidos, etc.: los herederos. Y ¿quiénes: son estos herederos? Hay que tener muy en cuenta que el artículo 22, al enunciar los herederos forzosos, como los llama en el último párrafo, lo hace con carácter abstracto, en relación con toda y cualquier herencia. En pura lógica, aunque con peor castellano, podía haber dicho que las herencias forzosas se defieren, etcétera. Mientras que el artículo 23 se refiere a los herederos de una concreta y particular herencia de un testador determinado: «El testador podrá distribuir... entre los herederos». Esto es, entre los suyos, entre los que, de aquellos enunciados abstractamente en el artículo 22-1.^º, resulten concretos y precisamente determinados herederos suyos.

Por consiguiente, el artículo 23, con el concepto de «los herederos» no pretende abarcar a todos los hijos y descendientes, sino solamente a los que ostenten la calidad y condición de herederos. Y ya queda, a nuestro falible entender, debidamente aclarado que tales son los hijos y, en virtud del derecho de representación, el nieto, el biznieto, etc. En suma, los herederos del artículo 23 no son identificables con los herederos forzosos del último párrafo del artículo 22.

La idea del apartamiento del hijo en favor del nieto tropieza con una muy grave dificultad, reveladora de que, si no encaja en los artículos 22 y 23, tampoco resulta compatible con otra norma de la propia Compilación, haciéndola prácticamente inviable. El testador puede encomendar al comisario la designación de heredero y la distribución de los bienes; artículo 15. El comisario formalizará su encargo, si alguno o todos los herederos no son mayores de edad, en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayor edad. Y si el testador no señaló plazo, será de

un año contado desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos: artículo 19.

Si el testador ha señalado plazo y todos los herederos son mayores de edad, al fallecer el testador, el comisario formalizará su encargo dentro del plazo señalado y en un solo acto. Con este acto único consume y consuma sus facultades. Si el testador ha señalado plazo y hay herederos menores de edad, aunque los haya también mayores, el comisario formalizará su encargo dentro del plazo señalado, pero podrá hacerlo en sucesivos actos, a medida que «aquéllos» contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad. No dudamos que el «podrá» implica una facultad y no una limitación, pero el precepto, no muy afortunado en su texto, suscita, al menos a nuestro corto entendimiento, bastantes dudas.

Pues si hay hijos y nietos y biznietos del testador, al fallecer éste, el comisario, si quiere, podrá demorar el cumplimiento del encargo hasta que se case o alcance la mayoría el último biznieto, siempre que no concluya antes el plazo señalado por el testador.

Si el testador no ha señalado plazo, y quedan sólo herederos mayores de edad, el comisario dispone de un año desde la muerte de aquél. Si quedan herederos menores de edad, dispondrá de un año contado desde que se case o sea mayor el más joven de ellos.

Luego, si hay hijos y nietos y biznietos al fallecer el testador, el plazo del año no comenzará a confarse hasta que contraiga matrimonio o sea mayor el más joven de los biznietos.

La pregunta surge espontánea: ¿Tiene sindéresis, tiene siquiera sentido común que viviendo los hijos, todos mayores de edad, pueda la existencia de nietos y biznietos suspender el inicio del plazo en que el comisario haya de designar herederos y distribuir entre los por él designados los bienes de la herencia?

Y no es esto solo. Supongamos que al fallecer el testador quedan hijos mayores y uno menor, por lo que no comenzará hasta su mayoría de edad el plazo del año; y que entre tanto, uno de los hijos mayores se casa y tiene un hijo, que será nieto del testador. Llegado el hijo menor a la mayoría de edad, la existencia de ese nieto permitiría al comisario no dar por iniciado el plazo para cumplir su encargo.

Es curioso el testimonio que, indudablemente sin pretenderlo, proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1969, que, con referencia a la Ley 3.^a del Título 21.^º del Fuenro, afirma que viene «a coincidir fundamentalmente con lo dispuesto en el artículo 19 de la vigente Compilación que, en definitiva, se inspiró en aquél, estableciéndose en ambos el plazo tope de año y un día desde que se casa el menor de los hijos o alcanza la mayoría de edad, salvo que hubiese concedido otro superior voluntariamente, excepción que

permite la segunda, es decir el texto compilado, pero que no fue autorizada por el Fuero, lo que obliga, dada la fecha de las Capitulaciones, a estimar caducado el poder testatorio que nos e ejerce dentro del año y un día del matrimonio o mayoría de edad del último de los hijos». No debe pretenderse deducir del texto jurisprudencial consecuencias que no intentó provocar. Pero esa referencia a los hijos, y no a los demás descendientes, revela qué lejos está el Tribunal Supremo de la idea de que, si al fallecer el testador todos los hijos son mayores, pueda el comisario elegir a un nieto, viviendo su padre, y, para ello, esperar a que ese nieto llegue a mayor.

Hemos afirmado que no es lícito identificar a los herederos del artículo 23 con los herederos forzosos del párrafo último del 22. Viene a confirmarlo el artículo 27, que impide imponer a los hijos y descendientes sustitución o gravamen que exceda del quinto, a no ser en favor de otros herederos forzosos. Si se identifican ambos conceptos, resultaría que sólo se podría imponer gravamen en favor de otro descendiente al que ya se le hubiera atribuido algún bien de la herencia, ya por donación, ya en el mismo testamento.

Hay que recordar que el Fuero Viejo permitía dar «si fijos non hiciese» a los nietos; que el ahora sustituido «a nieto y descendiente de su hijo, o hija legítimo que haya sido fallecido»; que así lo recogieron el Proyecto de la Comisión de Codificación y el del Colegio de Abogados; y que la Compilación es el resultado de un minucioso y detallado estudio de los anteproyectos con anterioridad elaborados, así como del propio Fuero y de la doctrina jurídica y jurisprudencial producida..., según se cuida de manifestar su Exposición. Y que se ha limitado a «introducir los desarrollos técnicos necesarios en la configuración interna de alguna de ellas (las instituciones), como los llamamientos forales. Pues bien, la posibilidad del apartamiento del hijo en favor del nieto supondría la creación de un Derecho nuevo, sin antecedente legal, doctrinal ni jurisprudencial. Además, sin verdadero motivo justificante para su adopción en un sistema de instituciones que, sin dejar el menor lugar a la duda, no lo admitía, y una práctica de ellas que no lo aplicaba.

Claro que pueden darse y se dan casos en que el testador tenga sobradas razones para pretender que sea el nieto y no el hijo quien reciba la herencia. El orden natural de las cosas exige, según el natural sentir, que herede el hijo y, por su falta, el nieto. Y este orden no natural no debe ser desconocido por la ley, ni alterado por el testador. Pero cuando hay razones y motivos que justifiquen lo contrario, ya proporciona la ley al testador la institución adecuada y específica, establecida con ese fin concreto, y que el testador aforado tiene a su disposición, regulada por el Código Civil, cuyas normas, en lo no previsto en la Compilación y en cuanto no se opongan a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado, según la disposición transitoria 2.^a de la misma Compilación.

Si no hubiera sido posible disponer de la desheredación en las sucesiones de vizcaínos, cabría justificar la posibilidad del apartamiento del hijo en favor del nieto, como medio indirecto y sutilmente hábil: una desheredación encubierta; de lograr lo que no podía conseguirse por carecer de una institución específica y adecuada. Pero la plena aplicabilidad directa de los artículos del Código Civil sobre la desheredación, priva de razón de ser a tal apartamiento.

Si la Compilación lo hubiera querido así, innovando la norma foral, resultaría difícilmente explicable la forma en que aporta a la sucesión el derecho de representación. Para la sucesión intestada, había conformidad absoluta en que, no obstante deferirse la herencia, según la L. 8.^a, T. 21: si «dejare hijos legítimos o descendientes, aquéllos hereden todos sus bienes por su grado y orden», los nietos heredan por derecho de representación del padre fallecido. Como vió perfectamente García Royo, en su «Foralidad», a la que tantas veces acudimos en busca de ideas claras entre el fárrago indiscriminado de citas de autores en aluvión, y a la que siempre debe consultarse, «Los hijos heredan por derecho propio. Y por estírpes cuando proceda el derecho consuetudinario de representación». No debe olvidarse que el Tribunal Supremo impuso el orden del Código Civil.

En la sucesión testada no era el caso igual, pues ya el Fuero, como queda dicho, incluía en el mismo renglón al hijo y al nieto cuyo padre había fallecido.

La Compilación, para la intestada, rechaza el «grado y orden» del Fuero y, acomodándose al derecho real, introduce el instituto de la representación. Esta sucesión se defiere «a los hijos legítimos por derecho propio y a los demás descendientes legítimos por derecho de representación».

Para la herencia testada, en la que la L.II,T. 20 era observada, la Compilación reitera dicha norma en cuanto permitía que fuera designado heredero, en concurrencia con sus tíos, el nieto cuyo padre había fallecido. Y para ello reconoce el derecho de representación. Se lo reconoce por entender no hay o no vemos otra explicación: Que si no se hacía entrar en juego a dicho recurso, podía establecerse un orden no seguido por la L.II.^a: 1.^º a los hijos, 2.^º a los nietos, 3.^º a los biznietos, etc., supuesto en el que el nieto no podría ser nombrado heredero habiendo hijos. O este: 1.^º a los nietos y descendientes legítimos: que permitiría, en su estricta literalidad, atribuir la herencia al nieto concurrente con los hijos del causante. Y, como tercera fórmula, la empleada: al hijo y, por derecho de representación al nieto. Fórmula evidentemente distinta a las dos anteriores y que determina una solución también diferente: si quedan hijos, solamente hereda el nieto de hijos que haya sido fallecido».

Con mucha mayor lucidez y con brevedad que no hemos sabido lograr, adopta criterio opuesto Lezón. Coincide plenamente con el aquí sentado, Javier Oleaga, que, como sus hermano y hermano tienen bien asimilada la

profunda ciencia foral de D. Nazario. Con menos firmeza, Celaya, en su recientísimo Tratado, que bien puede creerse es «El Jado» de la Compilación.

Podemos y debemos terminar con las mismas palabras de D. Manuel-Ricardo Lezón: «He aquí la cuestión, para cuyo esclarecimiento conviene que cada cual aporte lo que sepa y pueda acerca de la vigente normativa foral y sus antecedentes históricos, aunque sea tan poco y tan discutible como lo aportado mediante estos mal compuestos renglones».

[8]

«Legados en el testamento por comisario»

SCALA, J. M.:

En *Revista del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Vizcaya*. 1982,
núm. mayo-agosto, págs. 37-47

LEGADOS EN EL TESTAMENTO POR COMISARIO

La disposición final 1.^a de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya, de 30 de julio de 1959, establece que en lo no previsto en ella, y en tanto no se opongan a sus preceptos, se aplicarán directamente en el Infanzonado el Código Civil y las leyes que éste declara vigentes.

La Compilación no define el testamento. Por ello, habrá de estarse a la definición contenida en el artículo 667 C.C.: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de partes de ellos se llama testamento». La disposición final 2.^a Compilación impide, evidentemente, que se adopte cualquier otro concepto de la institución.

Lo que, sí, hace la Compilación es enumerar las clases de testamento por ella admitidas: «Además de las formas de testar que regula al Código Civil, se admiten en el Infanzonado el testamento 'il-buruco' y el testamento por comisario, llamado también poder testatorio»; artículo 13.

No puede, pues, ofrecer duda, que, para la Compilación, el poder testatorio es un verdadero y propio testamento. Un testamento al que se llama, también poder testatorio. Tan testamento como el 'il-buruco' y los regulados por el C.C.: ológrafo, cerrado, etc. Por consiguiente, ineludiblemente, el testamento llamado también poder testatorio ha de ser «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos», según la definición del artículo 667 C.C.

La naturaleza propiamente, específicamente testamenticia, del poder testatorio está señalada de modo preciso por la Compilación, ya en el citado artículo 13, al denominarle testamento por comisario, y viene a confirmarla al indicar, en el artículo 15, que el testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, etc., y añadir, en el 16, que «el nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer en testamento ante Notario». Declaración cuyo valor absoluto reduce el mismo artículo 16 advirtiendo que los cónyuges podrán nombrarse, recíprocamente, comisario en la escritura de capitulaciones. Para el buen entendimiento del transcrito primer inciso del artículo 16, tampoco puede prescindirse del párrafo segundo del 17: «el comisario no podrá revocar el testamento del comitente...» Y, sobre todo, del 20: «el comisario podrá ejercitar su poder testatorio por actos intervivos' o por testamento otorgado a este solo efecto... el cónyuge superviviente podrá, en su propio testamento, hacer uso, en todo o en parte, del poder testatorio que el premuerto le hubiere concedido, pero sólo respecto de los hijos o des-

cendientes comunes de ambos cónyuges». E interesa la norma del artículo 19, párrafo último: «Las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio son irrevocables». Reviste real importancia para el análisis del párrafo primero del artículo 17: «El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan»: es manifiesta la consideración de testamento asignada al poder; lo que parece más concluyente que la referencia al otorgante del poder, llamándole testador, como se le llama en el 15: «El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos».

Para la Compilación, el poderdante es testador, el poder es testamento, y en él se puede encomendar al comisario la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades ostenta "el testador", en orden a la transmisión sucesoria de dichos bienes.

No parece que estaba muy de acuerdo con el carácter de testamento atribuido al poder testatorio el T.S. cuando en la S.10-3-875 afirmaba que «entre el comisario, al que se le da poder para testar por el que no puede o no quiere hacerlo, para que lo haga por él, con las facultades de limitaciones y tiempo pre establecidas por las leyes...» Sentencia cuya cita aparece en la página 937 del Casal Colldecarrera, no recogida en el Celaya.

Este admite, aunque lo desaprueba, el criterio de la Compilación, pues estima, en la página 276 de su «Vizcaya y su Fuero Civil» que no puede merecer elogios la Compilación al haber considerado este testamento como una mera forma de testar», y, en la página 278; «los testamentos por comisario o poderes testatorios otorgados en capitulaciones matrimoniales», llama, como se ve, testamento al poder. Y más terminante en la página 275: «Mediante este testamento, el testador encomienda a una o varias personas...»

Otro tanto podemos decir de Antonio Astorqui; página 95 de la «Introducción al Derecho Civil de Vizcaya y Alava».

«La Foralidad Civil», de Luis García Royo, en la que surgen muy aprovechables intervalos lúcidos, no parece hacerse cuestión. En el tomo 2º, página 293 dice: «Mediante poder, pueden designarse extraños, o recíprocamente marido y mujer, o futuros contrayentes. El Fuero no dice que se haga precisamente en testamento».

Jado, en su Derecho Civil de Vizcaya», página 270, se limita a escribir: «El poder testatorio se ha de otorgar con las mismas solemnidades que exigen las leyes para otorgar testamento, de otro modo es nulo, ley 39 (se refiere a las de Toro). Sin embargo, el poder testatorio que se conceden mutuamente los esposos en el contrato de capitulaciones matrimoniales, es válido en el territorio aforado de Vizcaya».

José Solano, en sus «Estudios Jurídicos», página 311 y ss., tampoco aborda el tema.

Diego Angulo, «Derecho Privado de Vizcaya», página 118 y ss.: «si por las razones apuntadas no es discreto ni oportuno que yo haga en este instante mi testamento, puedo encomendar esta función...»

Balparda en «El Fuero de Vizcaya en lo Civil», página 43: «El casero vizcaíno, en tales condiciones no testa; si la muerte le sorprende, queda su comisario...». Pero, como los anteriores, parece que no entra en discutir la naturaleza del poder testatorio.

Chalbaud, como es lógico por el tema de su estudio, no se ocupa del testamento. Tampoco Hormaeche, ni Carlos de la Plaza ni Manuel de Lecanda, quien, en la página 13 de su «Memoria», le llama «poder para testar».

Y ¿el Fuero? Las disposiciones del Fuero carecen de valor absoluto interpretativo para el entendimiento de la Compilación. En la discrepancia entre las unas y las otras normas, vencen, irrefutablemente, los artículos de la Compilación. No cabe atribuir un determinado alcance y una determinada significación a un precepto compilado, porque eran los propios de la disposición del Fuero que constituye su antecedente. Este es el significado de la disposición final de la Compilación: «Todas las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala quedan sustituidas por las contenidas en esta Compilación.» Podrá gustar o no. Personalmente, no nos gusta. Pero es así; el precepto no da lugar a otra opinión.

El Fuero, en la Ley III del Título XXI, bajo el epígrafe «De los Comisarios y cómo pueden elegir heredero, establecía que «por cuantos muchos en su fin, no pueden ordenar ni hacer sus testamentos y mandas, o aunque pueden, no quieren acelerar su postimera voluntad; y dan poder a algunos... para que, fallecido el que había de testar, hagan los comisarios el tal testamento... establecían que el tal poder y comisión valiese... y la tal institución que hicieren (los comisarios) valga, no embargante que el testador en su testamento y postimera voluntad no haya nombrado ni declarado a cuál de sus hijos o sucesores le hayan de heredar o los comisarios nombrar o elegir».

En toda la primera parte de la ley, parece claro que no se reconoce al poder carácter de testamento, ni se reserva para su otorgamiento forma testamentaria; lo advierte García Royo: «El Fuero no dice que se haga precisamente por testamento»; y solamente se llama testamento a la declaración que, en virtud del apoderamiento recibido, habrán de hacer los comisarios. Pero en el último inciso transcrita, sí, es llamado testamento el poder: «no embargante que el testador en su testamento...»: Jado fija el significado de la alisión: «No hay necesidad de que el poderdante designe la persona que ha de sucederle». Esta final declaración de la Ley 3.^a puede ser suficiente para que la Compilación haya ordenado que el nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer

en testamento ante Notario; con la excepción de las capitulaciones matrimoniales. Claro que del Fuero no pueden deducirse muchas consecuencias seguras, por la escueta regulación de la materia testamentaria, la que deja abandonada, en la mayor parte, a la normación general. Así, en la Ley II, habla de «su testamento ante Notario y testigos», y en la IV, «de escribano público ni de testigos, tantos cuantos requiere el derecho».

La Ley 3.^a del Título 21.^º transcribe, sin grandes diferencias en lo fundamental, el Capítulo 127 del Fuero aprobado «a dos días del mes de junio, año del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo, de mil cuatrocientos cincuenta y dos años, dentro de la Iglesia de Santa María la Antigua de Guernica». El Fuero de 1526 se dictó «so el árbol de Guernica, do se suelen hacer las Juntas Generales de este muy noble y muy leal Señorío de Vizcaya. Estando so el dicho árbol en Junta General».

En el testamento por comisario, el testador puede encomendar la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan al testador en orden a la transmisión sucesoria de los mismos. Puede encomendar todo ese conjunto de decisiones y puede, naturalmente, encomendar alguna o algunas de ellas. No es necesario que agote en el mandato su potestad de disposición para después de su muerte. García Royo entiende que «las facultades del comisario son las mismas del testador poderdante ...sólo se da validez a las restricciones impuestas por éste». Con lo que reproduce, sencillamente, la opinión de Jado: «la ley... ni limita en modo alguno aquellas facultades y no caben, por consiguiente, más restricciones que las que el mismo poderdante impusiere».

El artículo 16 previene que el nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer en testamento. No dice, bajo la forma de testamento, sino «en testamento». Ha de insistirse, por tanto, en que, para la Compilación, el testamento por comisario, el poder testatorio es propia, específica y realmente testamento; es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos; artículo 667 C.C.

Y según el 668, «el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado».

De lo que acabamos de decir resulta, con suficiente claridad, que el mismo documento notarial en que se produce el testamento por comisario, puede servir de instrumento para que «el testador», como le llaman los artículos 15, 17 y 19 de la Compilación, disponga legados. Las mismas «mandas» para las que podía facultar al comisario según el «Título del testamento hecho por perdón del Fuero Viejo»: para que después de su muerte, en su lugar, puedan hacer «mandas e testamento». En cambio, la Ley 3.^a; y esto no lo hemos visto advertido por los autores, solamente habla de instituir herederos. «El testador podrá gravar con mandas o legados...»; artículo 858 C.C.

No nos hemos propuesto entrar en las limitaciones entrañadas en los artículos 27 a 29 y 39 de la Compilación. Por ello, pasamos, directamente, a contemplar la situación creada cuando el testamento por comisario contiene legados dispuestos por el testador o poderdante; pero como testador. Resulta clave en el intento de aclararla el precepto del artículo 16 Comp.: El testador puede encomendar cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los bienes.

Indudablemente, no hay cuestión mientras el testador vive. Si contenido del poder testatorio son las facultades que acabamos de señalar, y se trata de testamento, y en éste la persona dispone «para después de su muerte de sus bienes a título de herencia o de legado»; artículo 667 y 668; no ofrece duda que el legado dispuesto en el testamento por comisario no puede sentir efecto alguno durante la vida del causante. Los artículos 881 y 882 C.C. son claros, y más el 883: «da cosa legada deberá ser entregada... en el estado en que se halle al morir el testador». El testador puede, incluso, enajenarla, quedando el legado sin efecto; artículo 869-1.^º y 2.^º Concuerda perfectamente con estas ideas del Código el artículo 19 Comp.

El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento; artículo 17.

No vemos inconvenientes para que el testador que en el testamento por comisario dispone un legado le faculte para entregarlo al legatario. El artículo 885 C.C. previene que «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla. Precepto que ha de relacionarse con los artículos 901: Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador; y 902: «No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: 2.^a Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero».

A la vista de todo esto, nos parece suficientemente seguro que el testador que dispone un legado puede también, al margen del que es propiamente poder testatorio, en lo que es testamento propiamente dicho, nombrar albacea, facultado para la entrega del legado, al comisario. Y sí, el que es, al par que comisario, paralelamente a dicho cargo, albacea, podrá entregarlo al legatario, tan pronto como fallezca el testador, debiendo entregarlo dentro del año que, al efecto, le marca el artículo 904 C.C., o antes si se lo pide el legatario; artículo 885. No entra en juego, a estos efectos, el artículo 19 Comp., que regula, específicamente, el tiempo en que el comisario ha de cumplir el encargo recibido por virtud del poder testatorio.

Nos parece enteramente razonable que si el testador puede encomendar al comisario cuantas facultades le «correspondan» (así dice el texto en el B.O.)

en orden a la transmisión sucesoria de los bienes pueda encargarle la entrega del legado, sin necesidad de designarle albacea para dicho efecto. El testador puede encomendarle la designación de heredero, y este heredero asumirá, a la vez que su condición de tal, la carga de entregar el legado. Pues si el testador puede facultar al comisario para que nombre heredero que haya de entregar el legado, no se ve obstáculo para que le otorgue la facultad de entregar el legado, pues ello no es más que facultar al comisario para que haga directamente lo que, de otro modo, había de hacer a través del heredero.

Por otra parte, si el testador puede facultar al comisario para que disponga legados, no hay motivo para que no pueda facultarle para la entrega de los legados dispuestos por el testador.

Si, como es normal, el testador dispone legados, pero se limita a nombrar comisario para que designe heredero o herederos, este comisario carecerá, forzosamente, de facultades para entregar tales legados dispuestos por el testador. Adviértase que el comisario no es una albacea que representa a la herencia y da por supuesta la existencia de heredero. El comisario «produce» la herencia; crea al heredero. No me parece erróneo afirmar que el comisario, una vez ejercitado el poder, designado el heredero, cesa, ha agotado su función. Esto es lo normal, pues recordemos que el testador puede encomendar al comisario cuantas facultades le corresponden en orden a la transmisión sucesoria de los bienes. Y si esto es así, ¿por qué no podrá incluir entre esas facultades la de disponer legados y entregárselos?

Decíamos que el simple comisario no podrá entregar los legados dispuestos por el testador, pues no es albacea ni heredero; recuérdese el artículo 885 C.C.; y desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento, y en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan (entre las que no figura la entrega de legados después de muerto); artículo 17 Comp.

Se crea, en consecuencia, una situación en la que no hay heredero, pues aún no ha sido ejercitado el poder testatorio; no hay albacea, pues no lo es el comisario; tampoco ha recibido el comisario mandato de entregar el legado; el legatario no puede ocupar lo legado; tampoco puede pedir la entrega, porque no hay nadie que pueda facilitársela. Más, ni siquiera puede exigir al nombrado comisario que ejerza el poder testatorio. Si el testador ha señalado plazo, porque contra su voluntad no puede prevalecer la del legatario, pues el testador, al propio tiempo que disponía el legado, señalaba al comisario el plazo para ejercitarse el poder. Si el testador no ha señalado plazo, porque su inicio y final lo fija la Compilación en el artículo 19; y es claro que el comisario podrá aprovechar, o desaprovechar, todo el plazo legal.

Pero hay algo más radical. Porque aunque la Compilación no lo exprese, nadie duda; al menos no sabemos de nadie que lo dude; que el comisario es

enteramente libre de ejercitar o no ejercitar el poder recibido. Y es un tópico que si no lo ejercita dentro del plazo hábil, queda abierta, automáticamente, la sucesión intestada. Valga por todos Jado: «No se prevé el caso de que el comisario o los comisarios dejen transcurrir el plazo sin haber hecho uso del poder; pero claro es que en este caso se entenderá que el causante murió intestado». Y la S. 30-4-57; que tomamos de la excelente y utilísima recopilación de decisiones del T.S. incluida en su obra por Adrián Celaya; refiriéndose a la prórroga del poder: «...podría haber muchos casos en que falleciera (el comisario con plazo indefinido) sin haber cumplido su misión, y sería forzoso, en contra de lo querido por el testador, que se abriera su sucesión intestada».

El legatario e incluso los herederos potenciales carecen de acción para exigir al comisario el cumplimiento del encargo: ese encargo que puede cumplir, según el artículo 20 Comp., por acto «intervivos» o por testamento.

Por consiguiente, si el comisario dotado de plazo prácticamente vitalicio (pensamos en los plazos de 50, de 70), años; deja pasar el tiempo, habrá de esperarse a que fallezca y se abra la sucesión intestada del comitente. Si el comisario no cumple el encargo dentro del plazo legal o del que, sin ser prácticamente vitalicio, le haya fijado el testador, la consumación de tal plazo determinará la apertura de la sucesión intestada.

En ambos casos, la normativa está constituida por el C. C. y es ajena a ella la Compilación, y la situación no corresponde al tema emprendido.

