

## ALAVA ANTE LA NUEVA LEY



D. Victor Angoitia Gorostiaga, Profesor de la Universidad del País Vasco.

Las breves líneas que siguen sólo pretenden reflejar lo que fue la ponencia del que suscribe en la Jornada de Presentación del Anteproyecto de Ley Civil Vasca, celebrada el 20 de junio de 2007. De ahí que se haya querido respetar el título originario asignado a la misma, por más que, desde un principio, escapara a mi propósito tan amplio objetivo.

Y ello, no tanto por razones de extralimitación académica o inabarcabilidad cuantitativa, sino, menos pretenciosamente, por no reiterar aspectos generales que la incidencia de la aprobación de dicho Anteproyecto conllevaría en todo el territorio o, si se prefiere, para todos los vecindados civilmente en la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuestiones abordadas mas autorizada y específicamente por otros ponentes.

En efecto, a nadie escapa que la condición de los vecinos de Salvatierra, Vitoria o Villanueva de Valdegobía, en poco difiere, en este punto, de la de los de Tolosa o Irún, a salvo la de aquellos a los que resulte aplicable la Sección 5ª, Título II, Libro II del Anteproyecto. En similar sentido, no creo necesario incidir en la singularidad de Llodio y Aramaio, cuya territorialidad alavesa no empece a la histórica vecindad civil vizcaína de sus residentes, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Código Civil.

De este modo, el Anteproyecto de Ley Civil Vasca mantiene la trinitaria vecindad civil alavesa, aspecto que, sin perjuicio de su raigambre secular y enriquecedora diversidad, habría de ser racionalmente ponderada en la perspectiva de una futura Ley Civil Vasca. Consciente de los recelos bien intencionados que lo antedicho pudiera suscitar en quienes entienden que la diversidad civil de nuestro Ordenamiento Jurídico sólo encuentra un razonable basamento en la peculiaridad histórica, por mas que, finalmente, fuera consagrada en el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española, sólo se persigue, por mi parte, apuntar a la quebradiza coherencia y sostenibilidad de un Derecho Civil vasco contemporáneo y con vocación expansiva en sus contenidos tradicionales, dentro del amplio marco competencial señalado y corroborado en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, que al tiempo albergara las más diversas especificidades sólo aplicables a algunos de quienes ostentan la vecindad civil vasca.

Sea como fuere, cabe pensar que, tanto los comisionados por la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, como la propia Academia Vasca de Derecho han preferido iniciar esta andadura “Hacia la primera Ley Civil Vasca”, tal y como rezaba el propio

lema de la jornada del 20 de junio de 2007, con un espíritu innovador pero no rupturista, en espera de que posteriores desarrollos legislativos permitan profundizar en aquella línea unificadora, cuando menos teóricamente aconsejable.

Establecidas tales premisas, el objeto de mi atención se centra especialmente en la Sección 4ª, Título II, Libro II del Anteproyecto, artículos 88 a 95, en los que se regula la libertad de testar en el Valle de Ayala. Cabe adelantar que dicha regulación se manifiesta básicamente coincidente con la contenida hoy en los artículos 131 a 145 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, una vez supuestas las obligadas adaptaciones sistemáticas a la nueva concepción que de la vecindad civil vasca se mantiene en el Anteproyecto que ahora nos ocupa.

En concreto, en nada varía el ámbito territorial en el que rige el Derecho Civil propio del Valle de Ayala, si bien dicho espacio se delimita en términos taxativos, al establecer el artículo 88.2 que las posteriores modificaciones administrativas en los términos enumerados no alterarán el Derecho Civil aplicable; de ese modo, quedaría derogado el abigarrado artículo 132 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, en el que, poco disimuladamente, se había optado por un principio de discriminación positiva a favor de la aplicación del Fuero de Ayala en los casos de incorporación de municipios no aforados a otro u otros en los que se aplicara el Fuero de Ayala, o en el supuesto inverso de incorporación de unos aforados a otros no aforados, así como en las posibles tesituras de segregación de unos o fusión con otros, hipótesis todas en las que el ámbito de aplicación del Fuero de Ayala podría llegar, teóricamente, a ampliarse, pero nunca verse reducido.

Por su parte, el artículo 89.1 del Anteproyecto consagra sin prejuicios la libertad de disposición de bienes de los vecinos del Valle de Ayala, apartando a sus herederos forzosos con poco o mucho, al igual que el artículo 134 de la ley. La única modificación, a mi juicio correcta, viene dada por la supresión del histórico término “manda” y la inclusión del pacto sucesorio junto al testamento y la donación, como los negocios jurídicos a través de los cuales puede instrumentalizarse aquella libre disposición. Respecto al con-

cepto de “manda”, nunca ha quedado claro su real contenido, si bien es cierto que todavía hoy no es inusual escucharlo en expresión de alaveses entrados en años, con un significado próximo al de legado o a la de una adjudicación concreta de bienes llevada a cabo por el propio *de cuius*.

Por lo que hace a la incorporación novedosa del pacto sucesorio, la misma no sólo deriva de lo dispuesto con carácter general en el artículo 18 del Anteproyecto, para todos quienes ostenten la vecindad civil vasca, sino que ya con anterioridad su procedencia entre los ayaleses había sido defendida, al igual que la del testamento mancomunado, al margen de su no inclusión en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I, Libro II de la Ley 3/1992, de 1 de julio.

En efecto, la Memoria del Proyecto de Proposición de Ley de Actualización del Derecho Civil Foral de Álava sostenía que “la necesidad de incorporar normas ajenas a la tradición jurídica del Fuero de Ayala para regular esta materia, desaconseja la regulación...” lo que implicaba, en su opinión, la solución negativa sobre su admisión (p. 39). Respecto al testamento mancomunado se afirmaba, con similar espíritu, que no hace sino imponer “restricciones a la libertad de disposición de los bienes propios. Esta dirección es la contraria a la esencia del Fuero de Ayala. Por este motivo no se considera conveniente introducir esta forma de testamento en el Fuero de Ayala” (pp. 33-39).

Frente a punto de mira tan estrecho, que parecía abocar la libertad formal en el ejercicio de la libertad de disposición ayalesa a los instrumentos expresamente regulados en la Ley 3/1992, de 1 de julio, y, remisoría o supletoriamente, a los recogidos en el Código Civil, debiendo entenderse que cualquier otra posibilidad resultaba vedada a los ayaleses, por mas que apareciera perfectamente conforme a los usos consuetudinarios de los mismos, no faltaron autorizadas voces que sostuvieran que “la libertad ayalesa es también libertad de formas, no exige necesariamente el testamento, ni esta sometida a las prohibiciones del Código Civil respecto de la exigencia de que el testamento sea unilateral o no se otorgue por comisario, ni a la prohibición de los pactos sucesorios” (Celaya Ibarra, Adrián: “Ley sobre el Derecho Civil Foral del País

Vasco”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVI, Madrid, Edersa, 1997, pp. 570-581).

Los artículos 91 a 95 del Anteproyecto se ocupan de regular el usufructo poderoso, institución singular del Fuero de Ayala que, no obstante su acreditada raigambre histórica, a veces discutida, y su expresa apelación en la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de julio de 1959, no llegó a regularse normativamente hasta la Ley 3/1992, de 1 de julio, artículos 140 a 145. Por lo que hace a los artículos 92 a 95 del Anteproyecto, recogen en idénticos términos las previsiones de los artículos 142 a 145 de la ley; en consecuencia, en esa perspectiva, nada habría de señalarse desde la óptica que hoy nos ocupa.

Únicamente, el artículo 93 ha querido clarificar la laberíntica redacción del artículo 143 de la Ley, al establecer ahora que si el usufructuario poderoso dispone parcialmente de los bienes, los legitimarios favorecidos quedan apartados con los bienes recibidos, sin perjuicio de que en actos posteriores, pueda el usufructuario favorecerles con otros bienes. Al margen de la evidente autorización que el precepto alberga respecto a que el usufructuario poderoso pueda llevar a cabo su facultad dispositiva en uno o varios actos, incluso cuando estos recaigan en los mismos beneficiarios, entiendo que dicho precepto quiere referirse, en realidad, a un doble apartamiento cuya trascendencia final sólo podrá ponderarse en razón de la efectiva disposición que de los bienes haga el usufructuario.

De un lado, la mera atribución del usufructo poderoso ha de considerarse que comporta el apartamiento de los legitimarios a los efectos de excluir que estos reclamen su legítima al fallecimiento del causante. Por tanto, no es necesario que al constituir el usufructo poderoso en favor del cónyuge o de cualquier otra persona, a mi entender tanto física como jurídica, el constituyente haya de apartar expresamente a los legitimarios, dado que dicho apartamiento se entiende automáticamente establecido. De otro, han de considerarse igualmente apartados aquellos legitimarios que, habiendo sido provisionalmente señalados por el constituyente, no ven confirmado su llamamiento por actos dispositivos en su favor realizados por el usufructuario poderoso.

En todo caso, y a pesar del carácter esotérico de tal precepto, las mayores dificultades hermenéuticas se centran en la suerte que han de seguir aquellos bienes de los que el usufructuario no hubiera dispuesto, interrogante que se proyecta a cualquier tesitura en que ello acontezca y no sólo a la prevista en los artículos 143 y 93 de la ley y del Anteproyecto, respectivamente.

El Auto de la Audiencia de Burgos de 12 de enero de 1898 ordenó abrir el *ab intestato* en la sucesión de Don P.A., fallecido en Amurrio el 31 de marzo de 1890, por haber muerto su cónyuge sin disponer por acto *inter vivos* ni *mortis causa* de los bienes de que la hizo poderosa usufructuaria en testamento otorgado el 10 de abril de 1884. En similar dirección apunta el artículo 912.2 del Código Civil, al señalar que la sucesión legítima tendrá lugar cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador, caso en el que la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

Tal planteamiento, sin embargo, puede conducir a resultados absurdos, claramente refractarios a la voluntad del causante ayalés. Baste pensar en el propio tenor de los artículos 143 y 93 precitados, aplicado a un supuesto en el que el constituyente del usufructo señala como posibles destinatarios de sus bienes, entre los que el usufructuario podrá aplicar su criterio de distribución, a tres de sus seis descendientes. La real *voluntas testatoris, rectius*, del constituyente es clara. Aparta definitivamente a tres de sus legitimarios y ciñe el ámbito de sus potenciales sucesores a los otros tres. El usufructuario poderoso no ejerce en modo alguno, por la razón que fuera, *de facto* o *de iure*, la facultad dispositiva que le atribuye el usufructo poderoso, por lo que, conforme al planteamiento anterior, se abrirá la sucesión intestada, a la que concurrirán en un plano de igualdad los seis legitimarios descendientes del constituyente, incluidos los tres que este había apartado.

La necesaria síntesis a la que obliga el carácter de esta ponencia me hace obviar otras hipótesis incluso menos asumibles, como acontece si el constituyente, en el ejercicio de su libertad de disposición, aparta a todos los legitimarios y señala como destina-

tarios de los bienes a personas que no acreditan dicha condición. En este punto, han de recordarse las diferencias que separan el poder testatorio del usufructo poderoso, por lo que hace a la necesaria designación expresa en este de los posibles destinatarios de los bienes, cuando no se trate de los hijos o descendientes del constituyente.

Por ello, entiendo que el señalamiento realizado por el constituyente del usufructo conlleva un verdadero llamamiento testamentario, si bien sujeto en sus definitivos perfiles a la modulación que del mismo pueda llevar a cabo el usufructuario, en el ejercicio de las facultades que para ello les son atribuidas por el constituyente. En definitiva, el señalamiento llevado a cabo por exigencia legal, tanto en los artículos 140 y 141 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, como en el artículo 91.2 del Anteproyecto, constituye una verdadera manifestación de la voluntad sucesoria del causante, por lo que la falta de ejercicio por el usufructuario de sus facultades dispositivas, consolida y perfecciona aquel llamamiento testamentario. No procederá pues, en ningún caso, la apertura de la sucesión intestada del causante-constituyente, por más que, en muchos supuestos, las consecuencias habrían de ser las mismas.

Más problemática se muestra, incluso, la elección del criterio más justo que haya de aplicarse cuando la disposición parcial de los bienes se haya llevado a cabo con criterios de discriminación entre todos o sólo algunos de sus potenciales destinatarios. Personalmente entiendo que, en tal caso, los bienes no asignados debieran distribuirse por partes iguales entre todos los destinatarios llamados por el constituyente, pero ello escapa al objeto de la presente ponencia.

No así, sin embargo, las dudas que me suscita el artículo 91.4 del Anteproyecto, novedosa incorporación respecto a los artículos 140 y 141 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, razonablemente refundidos en el referido artículo 91, salvo por lo que hace a su cuarto apartado. En efecto, conforme al mismo, cuando se concede un poder testatorio se entiende otorgado el usufructo poderoso, salvo disposición expresa en contrario.

Presunción a *minore ad maius* poco usual en la dogmática jurídica, que, en todo caso, no constituye el núcleo de mi interés. Este, antes bien, se centra, como ya he manifestado en anteriores ocasiones, en las lagunas de las que la primera regulación legal del usufructo poderoso adolece, en relación a sus aspectos formales; es decir, a los requisitos de esa naturaleza exigibles para su válida constitución, así como a los de los actos *inter vivos* o *mortis causa* a través de los que el usufructuario ejercita su facultad de disposición. Tales interrogantes siguen en pie a la luz de las previsiones del Anteproyecto, si bien una lectura no necesariamente interesada del artículo 92.4 podría dar a entender que habrán de resultar aplicables analógica o supletoriamente en dichos supuestos las previsiones expresamente contempladas para el testamento por comisario, artículos 30 a 46 del Anteproyecto, 32 a 48 de la Ley.

De estos parece poder deducirse, razonablemente, la necesidad de que, en todo caso, uno y otro hayan de plasmarse, fundamentalmente, en documento público: testamento ante Notario, capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio. Según el artículo 22 del Anteproyecto, de aplicación general, rigen en el País Vasco las formas de testar reguladas en el Código Civil, y además el testamento llamado *hil buruko* o en peligro de muerte.

Siendo ello así, cabe entre nosotros la posibilidad de manifestar nuestras disposiciones *mortis causa* en forma autógrafa, conforme a las previsiones de los artículos 688 y ss. del Código Civil. Parece negarse, sin embargo, tal posibilidad respecto a la constitución del usufructo poderoso. Con mayores dudas, si cabe, parece sostenerse igualmente que tampoco en la tesitura contemplada en el artículo 23 del Anteproyecto podrá el ayalés constituir un usufructo poderoso, pero sí otorgar testamento.

Ello lleva a pensar que la lógica del artículo 92.4 del Anteproyecto comporta, en definitiva, que quien puede lo más no puede lo menos. Si acaso, es posible que todavía pese en nuestras mentes en exceso el personalismo esencial de las disposiciones *mortis causa*, exacerbado por el Código Civil, y ello nos lleve, inadvertidamente a exigir en cualquier manifestación de poder testatorio, mayores requisitos formales que en el propio testamento.



Si así parece aconsejable, aunque sólo fuera en aras de posibilitar la relevante labor de la jurisprudencia cautelar en este ámbito, no creo que no quepa admitir razonables excepciones, como en el *hil buruko*, en las que la regla general deba ceder ante el interés concreto perfectamente acorde a Derecho. Porque, en definitiva, existen situaciones en que es necesario y justo hacer “posible la excepción justificada, aun en merma, inevitablemente de la pulcritud lógica de una regla sin fisuras... El Derecho, que en la instancia de su formulación general y sistematizadora no puede renunciar a los principios, tampoco puede en su dimensión práctica y más propia dejar de atender a las peculiaridades para dar respuesta justa y equitativa a la realidad: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*” (Gordillo Cañas, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 181-182).

**Victor Angoitia Gorostiaga**