

## **DOS DICTAMENES DE JADO**

Después de publicar la obra maestra de Jado en nuestra colección de clásicos del Derecho vasco, y una conferencia en el número tres de éste boletín, tenemos la oportunidad de dar a conocer dos dictámenes que, por supuesto, tienen valor histórico pero no carecen de interés para entender el Derecho civil actual a través de su evolución.

El dictamen es una de las formas más propias del trabajo de un abogado y Jado lo utilizó con frecuencia. Nace de una consulta previa que plantea cuestiones jurídicas a resolver. A veces, como ocurre en el primero de los dictámenes que presentamos, la consulta se formula por escrito. En este dictamen de Jado se da la circunstancia de que es un notario, a través de un cliente, quien formula una consulta que corresponde cuatro preguntas.

Jado transcribe siempre las preguntas y hace relación de los hechos en los que se apoyan. Luego articula su contestación en forma ordenada y punto por punto, sin alargar en exceso sus razonamientos.

Hay que tener presente para interpretar bien estos informes que el Código Civil era reciente y plantea cuestiones de Derecho transitorio.

## **DICTAMEN PRIMERO**

*Testamento de un vizcaino aforado, ¿Puede el testador disponer en propiedad y a favor de su esposa de los bienes que integran la legítima de los hijos?. Eficacia de la partición de herencia. Derecho a disponer de los bienes troncales a favor de la esposa en la disolución de la comunicación foral o en pago del quinto libre de la herencia.*

Hay varias cuestiones envueltas en estas preguntas. En primer lugar se plantea si puede es testador gravar la legítima con una carga de usufructo a favor del viudo.

Jado la resuelve con arreglo al texto del Fuero y no podía tomar en consideración las innovaciones de la Compilación y mucho menos el legado de usufructo universal previsto en el artículo 61 de la ley vasca de 1 de julio de 1992.

También se enfrenta este dictamen a la discutida cuestión de determinar la preeminencia entre la comunicación foral y la troncalidad. La resuelve según su personal criterio que no podía tomar en consideración ni siquiera la reserva troncal regulada en la Compilación de 1959.

## **CONSULTA**

1º *¿Puede legalmente otorgarse según el Fuero de Vizcaya testamento como el que otorgó Don Manuel María de Arriola?*

2º *¿Caso no ser posible por haber respetado en plena propiedad la legítima de cuatro quintos que en junto entre todos los hijos tienen seguro Fuero, tal defecto anula el testamento, o únicamente cabe que los hijos pidan lo que deba dárseles para completar su haber de cuatro quintos?*

3º *¿Otorgada la escritura de participación de herencia, cabe que los herederos tengan entre si acción, fundados en que*

San Antonio - 28-1-13

Mr. King Jeday  
Dillman

Ango Jeday

Amplificando y ordenando en  
manera de manifestar  
y decir a unido a los  
Sr. Barroeta de cual  
se prometen de regente  
por tanto:

- 1: Puede legalmente estar  
jura regente de Barroeta de los  
determinados como el que  
otorga el Manifiesto de Barroeta?
- 2: Como no es posible que

no haber respetado en plena  
propiedad la legítima de  
cuatro quintos que en jinto  
entre todos los hijos tienen  
segun Fuero, tal defecto anula  
el Testamento, i únicamente  
cabe que los hijos pidan  
lo que debe darse para  
completar su haber de  
cuatro quintos?

3.º: Otorgada la escritura  
de particion de bienes, cabe  
que los herederos tengan  
entre si accion, fundándose  
en que por no estar ajustado  
al Fuero el testamento se  
le ha adjudicado menos de  
su haber?

4.º: Puede adjudicarse bienes  
del Infanzonado a Virreyes pro-  
piedad del Sr. Arzobispo a un

viende en silencio porquien  
en gaza es un quinto de  
de brevenia y es la misma  
por la correspondencia por la  
comunicacion formal?

Seguimos . I. por que los  
motivos por los que se esquivan  
son. es un crimen, e. h. ante-  
rias porquien los ante por  
de un hombre  
deponiendo esta ocacion por  
entonces y de que manera  
1. d. y m.

Manny y Ureche

1/2 Elcano - 1-30

*por no estar ajustado al Fuero el testamento se les ha adjudicado menos de su haber?*

*4º ¿Puede adjudicarse bienes del Infanzonado de Vizcaya propiedad del Sr. Arriola a su viuda en plena propiedad en pago de su quinto de la herencia y de la mitad que le corresponde por la comunicación foral?*

## **DICTAMEN**

### **I**

Partimos del supuesto de que el testador Sr. Arriola por ser vecino de la anteiglesia de Ceanuri, en esta provincia, según consta en el testamento que tenemos a la vista, estaba sometido a la legislación especial del Fuero de Vizcaya que rige en esa anteiglesia como infanzonado o tierra llana que es y que, por consiguiente, su sucesión se ha de regir por las leyes de ese Fuero.

Esto sentado, veamos las disposiciones testamentarias que dicho señor ordenó en su testamento de 30 de Julio de 1912, otorgado en Villaro ante el notario Don Hipólito Murillo, para después determinar si se ajustan o no a lo dispuesto por el Fuero.

En dicho testamento y previa declaración del testador de que se hallaba casado en primeras nupcias con Doña Emilia de Moyua y de que de ese matrimonio tienen dos hijas casadas, disponen de sus bienes en la siguiente forma:

Lega a su esposa

A. En plena propiedad la quinta parte de todos los bienes muebles, metálico, valores, alhajas, ropas y demás efectos propiedad del testador.

B. En usufructo vitalicio los cuatro quintos restantes de los bienes anteriores y la totalidad de los inmuebles o raíces.

Dijo también que esperaba que sus dos hijas respetasen el legado de usufructo vitalicio; pero que si alguna de ellas no estuviese conforme con ello y lo manifestase así a su madre, la apartaba y excluía con la legítima que la corresponda según el Fuero de Vizcaya; y que si ambas hijas respetasen lo dispuesto, es su voluntad que a la muerte de su esposa reciban por mitad e iguales partes los bienes que correspondan al testador a cuyo efecto las instruye por ser únicas y universales herederas. Los demás particulares que siguen a esas disposiciones son ajenos al punto o puntos consultados.

No hemos de entrar, pues no es necesario hacer un estudio comparativo entre las legítimas establecidas por el Código civil o derecho común y las establecidas por el Fuero de Vizcaya: basta decir concretándonos a los descendientes que es el caso que interesa que también el Fuero admite y establece que los hijos descendientes del testador son herederos forzosos y que por consiguiente, establece las legítimas a favor de ello. No obsta a esto la facultad que tiene el testador de elegir entre todos sus hijos un heredero y dejarle todos sus bienes, según la ley 11 tit. 20, porque tal elección solo será válida si respeta la porción debida a los demás hijos que aunque es de mera fórmula, ya que se limita a la tierra de aportación, debe constar de modo expreso en el testamento pues su omisión daría lugar a que se considerasen preteridos los demás hijos. La tierra de aportación, dice la ley 7<sup>a</sup> tit. 21 del Fuero, “sucede en lugar de la legítima y de los bienes debidos”.

¿Y que bienes o que porción de bienes son los que constituyen la legítima de los descendientes? Nos lo dice la ley 14 tit. 20 del Fuero y la 18 del mismo título que es su complemento.

La primera de esas leyes parece referirse a las disposiciones que se hacen por testamento y la segunda a las que se hacen por donación aunque también esta habla de “manda o disposición”. Ambas vienen a establecer que el testador que tuviese descendientes legítimos puede disponer libremente del quinto de sus bienes, si hay bienes muebles que se cubran ese quinto, porque las raíces han de pasar íntegros a los herederos forzosos. No hay por

que tratar de si se pueden dejar o no bienes raíces por manda a favor del lama.

El testador Sr. Arriola dispuso, según hemos visto al principio, como legado a favor de su esposa y en plena propiedad de la quinta parte de sus bienes muebles y además también como legado a favor de la misma el usufructo vitalicio de los cuatro quintos restantes de los bienes muebles y de la totalidad de los inmuebles, añadiendo una cláusula prohibitiva, digámoslo así, pues conmina a las hijas que no lo respetare con que será excluida de la herencia con la tierra de apartación. Y de aquí surge la siguiente pregunta: ¿ha podido el testador imponer ese gravamen de usufructo vitalicio y tiene fuerza legal esa cláusula o condición prohibitiva?

Hay una ley en el Fuero de Vizcaya, la 7ª tit. 21, que autoriza para imponer gravamen sobre los bienes que además de la tierra de apartación se dejen a los hijos o a otros herederos forzosos; pero todos entienden esa ley, y así se aplica, en el sentido de que el gravamen que se imponga no ha de ser a favor de extraño sino a favor de los mismos herederos, pues de otro modo desaparecerían las legítimas, quedarían sin efecto las leyes 14 y 18 tit. 20 antes citadas, caería por su base la troncalidad que es el principio en que inspiran todas las leyes del Fuero en materia de transmisión de bienes ya por causa de muerte ya entre vivos.

La mujer del testador, por más que tenga otros derechos por virtud de la comunicación de bienes entre marido y mujer, para los efectos que estamos tratando es a mi juicio, como en extraño, y no puede concedérsela derechos que perjudiquen o mermen la legítima de los descendientes sin que la cláusula prohibitiva que ordenó el testador pueda salvar ese escollo, porque el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley y las condiciones contrarias a las leyes se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero aun cuando el testador disponga otra cosa, según los arts. 675 y 792 del Código civil, supletorio del Fuero de Vizcaya en todo lo que éste no prevee.

Se trata, pues, de un caso en que el testador ha impuesto un gravamen, el de usufructo, sobre los bienes que constituyen la legítima de sus hijos y herederos forzosos, que es distinto del caso en que el testador deja a esos herederos menos de la legítima que les corresponde, El primer caso está comprendido en el art. 815 del Código civil que dice que el heredero forzoso a quién el testador haya dejado por cualquier título menos la legítima que le corresponda, puede pedir el cumplimiento de la misma; y el segundo está comprendido en el art. 813 inciso segundo, que prohíbe imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie y como los actos ejecutados contra la ley son nulos, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez, art. 4º del Código civil entiendo que el usufructo vitalicio impuesto por el testador sobre los bienes que constituyen la legítima de sus hijos es nulo y que, por consiguiente, caso de acudir a los tribunales procedería pedir la nulidad de esa cláusula o legado y no el cumplimiento de la legítima.

Hay una sentencia del Tribunal Supremo que confirma lo que dejamos dicho acerca del gravamen sobre las legítimas de los herederos forzosos según el Fuero de Vizcaya. En el caso que decidió esa sentencia se trataba de parientes colaterales tronqueros y el testador dejó también el usufructo de los bienes raíces troncales a su mujer. Dicho Tribunal, confirmando la sentencia del inferior, estableció que los “bienes troncales constitutivos de una legítima a favor de aquellos “parientes no puede ser gravados, y menos dejados en usufructo, que equivale a la transmisión temporal del dominio útil, a la mujer ni a nadie, que no sea próximo tronquero, pues de otra suerte, el que como tal debiese heredarlos, quedaría privado durante la vida del usufructuario de una parte muy importante de la propiedad que por ministerio de la ley adquiere a la muerte del testador. Es sabio que tratándose de hijos siempre tienen estos el carácter de tronqueros con respecto a los bienes raíces de su padre o madre, aunque se hubiesen adquirido de extraños.

## II

Los tratadistas de derecho civil dan a la partición de bienes el carácter de un contrato y, en efecto, de ella nacen derechos y obligaciones para los coherederos que la han aprobado. El Código civil la considera también como un contrato pues su art. 1073 preceptúa que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones. Las causas de rescisión de éstas se determinan en el art. 1291; pero en materia de obligaciones y contratos hay un principio de derecho, sancionado en repetidas sentencias del Tribunal Supremo, según el que “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos” debiendo entenderse estos de “aquellos que por su carácter transcendental o por constituir convención causan estado, definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor” –sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1896-. Tenemos, pues, que admitir como principio de derecho con carácter general en materia de contratos y obligaciones el que dejamos expuestos. ¿Será aplicable al caso concreto de que se trata? O como dice la pregunta objeto de consulta, otorga a la escritura de partición de herencia, ¿cabe que los herederos tengan entre si acción, fundándose en que por no estar ajustado al Fuero el testamento se les ha adjudicado menos de su haber? En mi entender no tiene acción.

Se trata de un verdadero contrato en el que suponemos habrán concurrido todas las circunstancias que la ley exige para que el contrato o sea la partición exista; y si bien el testamento o la cláusula testamentaria referente al usufructo vitalicio es nula, desde el momento en que los coherederos han aprobado la partición y hecho ésta conforme a lo dispuesto en el testamento no puede impugnar aquella ni éste pues por dicha aprobación y mediante su voluntad han constituido para ellos una situación jurídica que no puede alterar los que la han creado sin ir contra sus propios actos.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decidir algunos casos en el sentido que dejamos expuestos. En la sentencia de 13 de Marzo de 1866 estableció “que no cabe reclamar lesión en las legítimas cuando los herederos se han dado por satisfechos de

ellas”. En la de 27 de Enero de 1870 que “el heredero que acepta con sus actos el testamento y recibe la parte de herencia que según él le corresponde, no tiene acción para reclamar la nulidad del testamento”. Ciertamente que estas dos sentencias son anteriores al Código civil y que por esa causa no podría invocarse hoy ante los Tribunales; pero en ellas no se hace otra cosa que aplicar el principio de derecho antes citado de que nadie puede ir validamente contra sus propios actos, principio, que por ser tal, es de apelación en todos los tiempos.

También con respecto a la partición está declarado por el mismo Tribunal en sentencia de 3 de Diciembre de 1907 que practicada una liquidación y partición con intervención de todos los interesados, sin reparo alguno, y elevada por los mismos a escritura pública, no pueden las operaciones divisorias ser impugnadas eficazmente por uno de los coherederos por motivos que fueron conocidos al prestar su aprobación, ni reformarse sus disposiciones, pues mientras no se declare la nulidad de la escritura y la partición se rescinda por alguna de las causas determinadas en la ley, ha de ser el fundamento del título de los partícipes en la herencia, entre los cuales queda establecido un vínculo jurídico inalterable, por la subsistencia y eficacia de la escritura particional.

### III

Aunque el Fuero no lo diga expresamente, se deduce del texto de las leyes 14 y 18 tit. 20 del mismo que en pago del quinto de libre disposición se deben adjudicar bienes muebles y no raíces del infanzonado, porque esas leyes al establecer la legítima que se debe a los descendientes, ascendientes y parientes colaterales tronqueros ordenan que los bienes raíces se reserven para sus herederos y el pueda disponer libremente de todos los bienes muebles si no hay descendientes ni ascendientes, “con que habiendo descendientes, o ascendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes”. Si, pues, se ha de reservar la raíz para todos esos herederos la parte de libre disposición debe pagarse en bienes muebles, aun cuando el testador se la deje a su mujer ya que para este efecto debe ser considerada como un extraño.

Respecto a la mitad que por virtud de la comunicación de bienes entre marido y mujer corresponde a ésta, no veo inconveniente alguno en que el pago de esta mitad se haga en bienes raíces del marido sitos en infanzonado porque, según la ley la. tit. 20 del Fuero, los bienes de ambos cónyuges son comunes a medias, se confunden, digámoslo así, unos con otros, y previene la misma ley que “haya entre ellos hermandad, y compañía de todos sus bienes”, entre los hijos y el cónyuge sobreviviente. Es más: habrá muchos casos en los que forzosamente se adjudicarán bienes raíces del infanzonado al cónyuge sobreviviente en pago de su mitad porque como la comunicación tiene lugar “aunque el marido haya muchos bienes, y la mujer no nada, o la mujer muchos y el marido no nada” –según dice la misma ley la. tit. 20– es evidente que si el cónyuge fallecido es el que tiene los bienes y estos son raíces del infanzonado y el cónyuge sobreviviente carece de bienes hay que adjudica a éste en pago de su mitad los raíces del infanzonado.

## CONCLUSIONES

Por lo expuesto entiendo: 1º. Que no puede legalmente otorgarse testamento según el Fuero de Vizcaya como el que otorgó el Sr. Arriola. 2º. Que el defecto a que se refiere la pregunta segunda de la consulta anula la cláusula testamentaria en que se impone el usufructo vitalicio sobre la legítima de las hijas del testador. 3º. Que la acción que pudiera ejercitar los herederos sería ineficaz si a ella se opusiera la exposición de que hemos hecho mención en el apartado segundo de este dictamen. 4º. Que pueden adjudicarse bienes del infanzonado de Vizcaya propiedad del Sr. Arriola en plena propiedad a si viuda en pago de la mitad que la corresponda por la comunicación foral; pero no en pago del quinto de la herencia.

Tal es mi dictamen que desde luego someto a otro más ilustrado.

Bilbao, 6 de Febrero de 1913

## DICTAMEN SEGUNDO

El segundo dictamen se ocupa de un testamento de aforado otorgado en 1881, siete años antes de la publicación del Código Civil. El testador tiene un hijo incapaz para quien nombre curadores, lo que no podía hacerse rigiendo el Código Civil que exigía la constitución de tutela. El testador fallece en 1885 por lo que la custodia del incapaz se rige por el Derecho entonces vigente.

El incapaz falleció en 1906 y se trata de saber cual es el destino de sus bienes, que son troncales. Para Jado ha de resolver un importante problema de la sucesión intestada, el de precisar si en la concurrencia de hermanos e hijos de hermanos, tienen derecho a sucesión estos últimos. El dictamen, atendiendo a la letra de Fuero, niega el derecho a heredar a los sobrinos en concurrencia con sus tíos y ésta era la doctrina que se venía aplicando antes de la reciente reforma.

## CONSULTA

*Doña María Pilar de Arauco, natural de la anteiglesia de Erandio y vecina de la anteiglesia de Munguia, falleció el año de 1885 bajo el testamento que otorgó en 20 de Octubre de 1881 por si y como comisaria de su premuerto marido Don Juan José Basozabal. En ese testamento declara la testadora:*

*1º - Que de su matrimonio existían siete hijos llamados Don Juan, Don Jesús, Don Eduardo, Don Ezequiel, Don Carlos, Doña Soledad y Don Abel de Basozabal y Arauco.*

*2º - Que Don Jesús por su estado de facultad es incapaz de atender al cuidado de su persona y bienes. Aplica a éste dos caseríos sitos en la anteiglesia de Arrieta; una en la anteiglesia de Munguia; y una casa sita en la villa de Munguia. Hizo el nombramiento de curadores para su dicho hijo incapacitado Don*

*Jesús recomendándoles “el que no sobreviniendo alguna circunstancia que hoy no existe y lo impida, lo pongan al cargo y cuidado de su hermano Don Ezequiel”, diciendo la testadora a continuación de esto lo siguiente. Y para el caso de que permaneciese el Don Jesús hasta el fin de sus días al cargo de su hermano Don Ezequiel o de sus hijos, les nombro en uso del derecho que me conceden las leyes por herederos del dicho Don Jesús”.*

*En el mismo testamento aplicó y donó la testadora a su hija Doña Soledad dos casa sitas en la villa de Bilbao, excluyéndola y apartándola de todo derecho al resto de los bienes. Y por último instituye herederos en el remanente de todos los bienes, derechos y acciones presentes y futuros del consorcio a sus hijos Don Juan, Don Eduardo, Don Ezequiel, Don Carlos y Don Abel Basozabal.*

## **II**

*El incapacitado Don Jesús, desde el fallecimiento de su madre la testadora, vivió, hasta el fin de sus días, en compañía de su hermano Don Abel y no en la de Don Ezequiel por que los curadores de aquel juzgaron mas conveniente e higiénico, dado su estado, que continuara viviendo en la casa donde había nacido y residido siempre, sita en territorio de la anteiglesia de Munguia, ya que reunía condiciones que no podía reunir el domicilio de Don Ezequiel, el cual para ejercer la profesión de farmacéutico en diversos puntos se ausentó de Munguia. Además, ni el Don Ezequiel en vida ni por el fallecimiento de éste su viuda e hijos pretendieron tener en su compañía y a su cargo al incapacitado Don Jesús.*

## **III**

*Don Ezequiel falleció el año 1903 dejando hijos menores de edad y el Don Jesús falleció en 1906 en estado de incapacidad y sin testamento no dejando ascendientes ni descendientes y sobreviviéndole sus hermanos Don Abel y Doña Soledad e hijos de otros hermanos.*

## **CONSULTA**

Con esos antecedentes de desea saber quien o quienes deben heredar los bienes que pertenecieron al finado e incapacitado Don Jesús de Basozabal y Arauco.

## **DICTAMEN**

Antes de entrar a exponer las razones o fundamentos de la opinión que he de emitir queda sentado:

1º- Que la testadora Doña María Pilar de Arauco, estaba sujeta a las leyes del Fuero de Vizcaya por ser natural y vecina de la anteiglesia o tierra llana de Vizcaya.

2º- Que igualmente y por la misma razón estaba sujeto al Fuero de Vizcaya Don Jesús Basozabal y Arauco.

La testadora Doña María Pilar de Arauco pudo, como lo hizo, en su testamento, nombrar un heredero sustituto o varios a su hijo incapacitado Don Jesús. Las leyes del Fuero de Vizcaya no se ocupan ni mencionan siquiera la sustitución, pero como no la prohíben y su falta o deficiencia hay que llenarla acudiendo al derecho supletorio que es el derecho común o de Castilla según lo establece la ley 3ª. tit. 36 del Fuero, pudo en virtud de lo dispuesto en la ley II tit. 5º Part. 6ª que era el derecho vigente a la sazón en que otorgó testamento, nombrar heredero o herederos sustitutos a su hijo incapacitado Don Jesús.

No habiendo tampoco en el Fuero de Vizcaya disposición alguna acerca del modo como han de entenderse las disposiciones testamentarias y como se trata de un testamento otorgado con anterioridad al Código civil tenemos que aplicar el derecho común anterior se es que hay necesidad de recurrir a la interpretación para fijar el verdadero sentido de alguna de las cláusulas de dicho testamento. Y hacemos esta observación porque la única dificultad del caso consultado estriba en fijar el alcance y sentido de la cláusula testamentaria referente a la sustitución del incapacitado

Don Jesús, en determinar si la sustitución ha tenido o no efecto, porque resuelto este punto entiendo que no cabe duda ni cuestión acerca de quienes sean las personas que han de suceder a aquel.

“Las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente así como ellas suenan, et non se debe el juzgador partir del entendimiento de ellas fueras en de cuando pareciese ciertamente que la voluntad del facedor del testamento fue otra que non como suenan las palabras que están escritas en el (Ley 5ª tit. 33. Part. 7ª. Lo mismo viene a establecer el Código civil al preceptuar en su art. 675 que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca mas conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”.

Veamos, pues la redacción de la cláusula de sustitución y si entendiendo sus palabras llanamente, en su sentido literal puede haber lugar a dudas o pueden contrariar la voluntad de la testadora. Desde luego se observa que la cláusula de sustitución no está hecha en términos generales, es decir, que no fue hecha simplemente. La testadora no dijo simplemente que nombraba por herederos de su hijo Don Jesús a su hermano Don Ezequiel o de sus hijos les nombró en uso del “derecho que me conceden las leyes por herederos de dicho Don Jesús”. El sentido gramatical y literal de esa cláusula no admite duda: la testadora subordinaba o hacia la sustitución para el caso, con la condición, de que el incapacitado Don Jesús permaneciese hasta el fin de sus días al cargo de su hermano Don Ezequiel o de los hijos de éste. Y con el fin de que pudiera tener lugar ese caso o condición recomendó previamente a los curadores de aquel que de no existir alguna que lo impidiera y que a la fecha no existía, según la testadora, pusieran al Don Jesús al cargo y cuidado del hermano de éste Don Ezequiel.

No hay en el testamento que tenemos a la vista ninguna otra cláusula que se refiera a la sustitución ni que se oponga a su sentido literal o gramatical y si aparte de esto se tratase de penetrar en la intención o voluntad de la testadora no es aventurado

suponer el que esa intención se armoniza perfectamente con el sentido literal de dicha cláusula y que la testadora partiendo del hecho de que el incapacitado Don Jesús había de estar hasta su muerte al cargo de su hermano Don Ezequiel o de los hijos de éste los nombró por sus herederos sustitutos para recompensarles las molestias que tal cuidado pudiera ocasionarles, para ocasionarles, razón esta índole moral que concurre en Don Abel, pero que no le da ningún derecho porque no fue nombrado heredero sustituto.

Ahora bien, el caso previsto por la testadora no llegó y la condición no se cumplió porque los curadores del incapacitado consideraron atendidas las razones expuestas en el antecedente II, que le era mas conveniente vivir en compañía y por consiguiente al cuidado de su hermano Don Abel que en la de su hermano Don Ezequiel y como por otra parte ni éste ni sus hijos han pretendido tenerle a su cargo y cuidado, claro es que no han cumplido la condición, para ellos potestativa, que les impuso la testadora para ser herederos sustitutos. Por esta causa debe entenderse que la sustitución no ha tenido lugar y que habiendo fallecido el incapacitado Don Jesús en tal estado y sin testamento debe considerarse que falleció abintestato.

Según el art. 10 inciso segundo del Código civil las sucesiones legítimas y las testamentarias así respecto al orden de suceder como a la cuestión 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, cuales quiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentre. Esta disposición de derecho internacional privado es aplicable también al derecho provincial y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 19 de Noviembre de 1894, al sentar que las disposiciones del art. 10 del Código civil son aplicables a las diversas regiones españolas. Por consiguiente la sucesión intestada del incapacitado Don Jesús, dado que era vizcaino aforado, se ha de regular por las leyes del Fuero de Vizcaya cualesquiera que sean la naturaleza de sus bienes y el país, provincia o región de España en que se encuentren.

La ley que regula la sucesión intestada de los vizcainos aforados es la 8ª tit. 21 del Fuero que a falta de descendencia y ascendencia dispone que en los bienes raíces troncales hereden los parientes mas profincos o cercanos de la línea de donde dependen los tales bienes raíces “por su orden y grado” y en los bienes muebles que sucedan todos los parientes del padre y de la madre, “igualmente por su orden y grado”. Quiere decirse que en los bienes raíces que tienen el carácter de troncales se llama siempre a la línea de donde proceden tales bienes y dentro de la línea al pariente más próximo en grado y en los bienes muebles en tanto sucederán los parientes de ambas líneas en cuanto lo sean del mismo grado pues si lo fueren de grado distinto el mas próximo excluye al mas remoto. Dicho se está con esto que el Fuero de Vizcaya no admite el derecho de representación y así lo estableció también el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Junio de 1900.

Los bienes raíces que determinadamente nombró Doña María Pilar de Arauco para su hijo Don Jesús son raíces troncales para éste como lo son para todos los hijos del consorcio de aquella, porque vienen de sus padres o tronco.

Antes de terminar he de decir algo acerca de un extremo que aunque no figura en la pregunta consultada lo hizo observar el consultante, por mas que a mi entender no puede dar lugar a discusiones. Es el de si atendiendo a las palabras “aplico y dono” que empleó la testadora Doña María Pilar de Arauco al referirse a los bienes que determinadamente dejó a su hijo Don Jesús pudiera entenderse que tal disposición era mas bien una donación “inter vivos” que una disposición testamentaria.

El documento público otorgado por Doña María Pilar de Arauco en 20 de Octubre de 1881, hay que estimarlo en su conjunto como una serie de disposiciones que no habían de producir efecto hasta después de su muerte, como una disposición de su última voluntad, hay que estimarlo como un testamento porque en el dispone la otorgante acerca de su entierro y funeral, aunque lo deja a la piedad de sus albaceas, hace el

nombramiento de estos, nombra curadores para su hijo incapacitado Don Jesús, y por último instituye herederos por partes iguales a sus hijos Don Juan, Don Eduardo, Don Ezequiel y Don Abel de Basozabal en todos aquellos bienes derechos y acciones de los que no había dispuesto determinadamente a favor de Don Jesús y Doña Soledad. La misma otorgante al principio de este documento y después de hacer la profesión de fe lo califica de tal testamento pues dice: “ordeno y otorgo este mi testamento y el de mi difunto esposo Don Juan José de Basozabal según sigue” y después de expresarse así vienen sus disposiciones. Debemos, pues, entender que todas las disposiciones testamentarias.

La otorgante empleo, en efecto, las palabras “aplico y dono” refiriéndose a su hijo incapacitado Don Jesús y dice también refiriéndose a éste que la mejora “en cuanto sea necesario para que no pueda ser impugnada esta donación”. Las mismas palabras de “aplico y dono” usa refiriéndose a su hija Doña Soledad. Pero aun prescindiendo de lo que antes se ha dicho acerca del carácter del documento de que se trata tenemos que la otorgante después de disponer de todos los bienes establece una cláusula que dice así: “Es condición general para todas las aplicaciones que dejo hechas el que me reservo vitalicia mente el usufructo de todas las fincas y también el que si llegase el extremo de necesitar mas fondos de los que producen las rentas para la terminación de las carreras de mis hijos o para el sostenimiento de los gastos de la familia podré con las formalidades legales vender los bienes comprendidos en la herencia”.

En esa cláusula la otorgante además del usufructo se reserva la facultad de enajenar los bienes de la herencia, lo que equivale a decir que las *aplicaciones* de bienes que dejaba hechas no producían efecto hasta después de su muerte, que no se desprendía en vida del dominio de las fincas que aplicaba a unos u otros hijos.

Si, pues, se quisiera entender que la otorgante dispuso por donación habría que admitir que era donación mortis causa y no donación inter vivos y que por consiguiente el incapacitado Don

Jesús adquirió desde el momento de fallecer la otorgante el dominio de las fincas que le fueron aplicadas sin necesidad de la previa aceptación de la donación.

Por lo expuesto entiendo:

1º Que Don Jesús de Basozabal y Arauco, falleció abintestato.

2º Que tiene derecho a sucederle en todos sus bienes sus hermanos Don Abel y Doña Soledad, sin que puedan concurrir a tal sucesión los sobrinos de aquel o hijos de otros hermanos fallecidos.

Tal es mi dictamen que desde luego someto a otro mas ilustrado.

Bilbao, 11 de Julio de 1907

Estos dictámenes los conocemos gracias a la amabilidad de Adrián Celaya.

**A. C.**